

Cuadernos de Derecho Local

número

5

Junio de 2004

QDL



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Cuadernos de Derecho Local



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

CONSEJO CIENTÍFICO

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

DIRECTORES

MANUEL MEDINA GUERRERO
DOMÈNEC SIBINA TOMÀS

SECRETARIOS DE REDACCIÓN

JOSÉ MARÍA ESQUERDA ROSET
FERRAN TORRES COBAS

EDICIÓN

© FUNDACIÓN PRIVADA DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL



PRODUCCIÓN Y ASESORAMIENTO LINGÜÍSTICO

FGL ☎ 932 370 909

PREIMPRESIÓN Y MAQUETACIÓN

SIDIGRAF, S.L. ☎ 933 052 450

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



SUMARIO

Germán Fernández Farreres

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid

José Luis Requero

Magistrado y vocal del Consejo General
del Poder Judicial

Francisco Velasco Caballero

Silvia Díez Sastre

Instituto de Derecho Local
de la Universidad Autónoma de Madrid

Francisco Javier Nogales Romeo

Carlos Romero Rey

Letrados del Gabinete Técnico
del Tribunal Supremo

Eduard Paricio Rallo

Magistrado

Emilio Aragonés Beltrán

Magistrado

Roberto Ignacio Fernández López

Profesor titular de Derecho Financiero
y Tributario de la Universidad de Vigo

Fernando Fernández-Figueroa Guerrero

Secretario general de la Diputación Provincial
de Sevilla.

Secretario general del Consorcio de Transportes
del Área de Sevilla.

Secretario general del Consorcio Provincial
de Aguas de Sevilla

Francisco Cacharro Gosende

Vicesecretario de la Diputación de Ourense

Antonio Serrano Pascual

Secretario de la Diputación de Huesca

Conxa Antón Francos

Roser Blasco Vivas

Técnicas superiores en Derecho del Servicio
de Asistencia Local en Recursos Humanos de
la Diputación de Barcelona

PRESENTACIÓN 5

ESTUDIOS 7

La aplicabilidad de la Ley general de subvenciones
a las entidades locales y, en particular, a las diputaciones
provinciales en el ejercicio de sus competencias
de cooperación económica a los municipios 7

Nota sobre la nueva Ley general de subvenciones 34

Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora 50

Evolución legislativa y jurisprudencial en torno a la
representación y defensa de las corporaciones locales.
Comentario a las últimas resoluciones del Tribunal Supremo
en la materia (autos de 13 de marzo y de 19 de noviembre
de 2003 y de 12 de febrero de 2004) 63

La defensa de las administraciones locales en pleito 70

La organización económica de los entes locales en la Ley
de medidas para la modernización del gobierno local 82

Las exigencias del Derecho comunitario europeo en materia
de estabilidad presupuestaria y su repercusión en
el poder financiero de las comunidades autónomas
y las entidades locales 107

¿Un nuevo estatuto del vecino tras la Ley 57/2003, de 16 de
diciembre? Sus derechos y deberes con especial referencia
a la participación ciudadana 125

INFORMES DE LAS ASESORÍAS JURÍDICAS
DE LOS ENTES LOCALES 135

Separación del Ayuntamiento de Chandrexa de Queixa
de la Mancomunidad das Terras do Navea-Bibeí 136

Acceso a la documentación de la Diputación Provincial
de Huesca, obrante en depósito en el Archivo Histórico
Provincial, relativa a expedientes de filiación y expósitos 146

Responsabilidades derivadas del artículo 42 del Estatuto
de los trabajadores de las entidades locales cuando actúan
como empresario principal en la contratación
o subcontratación de obras o servicios 150

Eva Arnal Arasa
Abogada

Domènec Sibina Tomàs
Eva Arnal Arasa
Abogada

Julia Fajardo García
Licenciada en Derecho.
Técnica de gestión
de la Diputación de Barcelona

**CRÓNICA DE LAS ORDENANZAS
Y LOS REGLAMENTOS LOCALES 159**

**Las ordenanzas municipales de protección frente al ruido.
II. Tipologías de aspectos que regulan las ordenanzas 160**

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA 209

**A) Jurisdicción constitucional..... 210
B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos..... 217
C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas..... 221
D) Jurisdicción contencioso-administrativa..... 235
E) Jurisdicción civil..... 258
F) Jurisdicción penal 270
G) Comentarios a la jurisprudencia en materia
de contratación de las administraciones públicas 277**

En nuestro empeño por identificar, analizar y –en su caso– contribuir a resolver los principales problemas jurídicos que, de ordinario, no cesan de aparecer en el escenario local, la revista QDL no podía soslayar el tratamiento de algunos de los interrogantes suscitados por la legislación más recientemente aprobada. Como es sabido, el pasado año fue excepcionalmente fecundo en lo concerniente a la innovación del marco normativo regulador del ámbito local; y lo fue, de modo muy especial, en su último trimestre, en el que llegaron a aprobarse la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, y la Ley 53/2003, de 16 de diciembre, sobre medidas para la modernización del gobierno local. A ambos cuerpos legislativos se dedica buena parte de las contribuciones que integran este número 5 de la revista. Así, el profesor Germán Fernández Farreres –un reputado experto en el tema– profundiza en la aplicabilidad de la Ley 38/2003 a las entidades locales, tanto en su posición de otorgantes como de posibles beneficiarias de las subvenciones, haciendo especial referencia al modo en que puede afectar a las diputaciones provinciales en el ejercicio de su competencia de cooperación económica con los municipios. Una aproximación a la Ley general de subvenciones que se complementa oportunamente con la visión, procedente de la judicatura, que proporciona José Luis Requero, quien profundiza en el complejo sistema de fuentes configurador del régimen local de subvenciones.

Un segundo grupo de colaboraciones se encarga de examinar, desde diferentes perspectivas, diversas cuestiones cuya actualidad ha sido resaltada con motivo de la aprobación de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local. La contribución de Francisco Velasco Caballero y Silvia Díez Sastre –miembros del Instituto de Derecho Local– versa sobre uno de los temas doctrinales “clásicos” del Derecho local, a saber, el de las relaciones entre ley y ordenanzas, proyectado al caso concreto de la materia sancionadora. Posiblemente en ningún ámbito como éste se ejemplifique de forma más nítida el lento, costoso y difícil proceso de consolidación en nuestro Derecho positivo de una concepción de la potestad normativa local “constitucionalmente adecuada”; concepción que ha debido abrirse paso a través de la superación de lecturas excesivamente rígidas de la reserva de ley. El nuevo título XI de la LRBRL, que opera como “cobertura legal” de las ordenanzas municipales en materia sancionadora, no viene sino a engarzar con esa línea de pensamiento más respetuosa con la autonomía local impulsada desde la doctrina y la jurisprudencia (STC 132/2001, STS de 29 de septiembre de 2003). El trabajo del magistrado Emilio Aragonés Beltrán incide sobre un aspecto de la Ley 53/2003 que parece llamado a tener una honda repercusión en la ciudadanía, cual es el establecimiento de un nuevo régimen de organización económica-financiera para los municipios de gran población. No debe olvidarse que, en este nuevo diseño orgánico, descuella sin duda la existencia de un órgano, de carácter obligatorio, destinado a la resolución de las reclamaciones económico-administrativas, con el que se persigue facilitar y agilizar la defensa de los derechos de los ciudadanos en una esfera tan sensible como la tributaria. Y también los derechos de los ciudadanos constituye la preocupación que impulsa y estructura la colaboración de Fernando Fernández-Figueroa Guerrero, secretario general de la Diputación de Sevilla, que se encarga de examinar las novedades que aporta la Ley 57/2003 sobre el estatuto del vecino, poniendo el acento en el análisis del derecho de participación.

La pretensión de no descuidar ninguna faceta jurídica que afecte a la vida local requiere de QDL una atención permanente al Derecho comunitario. En esta ocasión, con el trabajo del profesor Roberto Ignacio Fernández López se trata de profundizar en las consecuencias que el Pacto de estabilidad y crecimiento ha tenido en el funcionamiento ordinario del Estado de las autonomías y, sobre todo, de valorar críticamente la normativa dictada en su desarrollo desde la perspectiva de la autonomía financiera local.

Un asunto a menudo soslayado, pero cuya relevancia práctica está fuera de toda duda, es el de la forma en que se articula y se lleva a la práctica la defensa jurídica de las entidades locales. Dos son los trabajos que en este número abordan esta cuestión. Por una parte, el del magistrado Eduard Paricio Rallo, que, además de examinar, entre otros, los problemas de legitimación y emplazamiento, contiene interesantes y muy sugerentes reflexiones sobre las estrategias jurídicas a seguir en las dife-

rentes controversias. Por otro lado, la contribución de Francisco Javier Nogales Romeo y Carlos Romero Rey –letrados del gabinete técnico del Tribunal Supremo–, que se hace eco de las más recientes líneas jurisprudenciales existentes en torno al ejercicio de la representación y defensa de las entidades locales, señaladamente en el recurso de casación.

Como se desprende de la sola lectura de esta apretada síntesis, con la confección de este nuevo número creemos haber proseguido en nuestro propósito de hacer de QDL un lugar de encuentro y reflexión de todos aquellos que, desde sus concretas ocupaciones en la Universidad, los tribunales o la Administración, tienen en el Derecho local un punto común de trabajo, estudio y dedicación.

Manuel Medina Guerrero

Director de la Fundación Democracia y Gobierno Local

La aplicabilidad de la Ley general de subvenciones a las entidades locales y, en particular, a las diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias de cooperación económica a los municipios

Germán Fernández Farreres
*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid*

1. Introducción.
2. Criterios para la fijación del ámbito de aplicación de la Ley general de subvenciones.
3. El ámbito objetivo de aplicación de la Ley general de subvenciones.
 - 3.1. El concepto de subvención a los efectos de la aplicación de la Ley general de subvenciones. 3.1.1. Objeto. 3.1.2. Sujetos: otorgante y beneficiario. En especial, las entidades locales como beneficiarias de subvenciones. 3.1.3. El requisito de la afectación. 3.1.4. La inexistencia de contraprestación directa del beneficiario.
 - 3.2. Supuestos que no tienen carácter de subvención y supuestos no comprendidos y excluidos del ámbito objetivo de aplicación. 3.2.1. Supuestos que no tienen el carácter de subvención. 3.2.2. Supuestos no comprendidos y excluidos. En especial, la exclusión de las aportaciones dinerarias entre diferentes administraciones públicas destinadas a financiar globalmente la actividad de cada ente en el ámbito propio de sus competencias. 3.2.2.1. Supuestos no comprendidos. 3.2.2.2. Supuestos excluidos. 3.2.2.3. Las aportaciones dinerarias entre diferentes administraciones públicas destinadas a financiar globalmente las actividades propias de las administraciones beneficiarias.
 - 3.3. Conclusión.
4. Ámbito subjetivo. En especial, los organismos y entidades de Derecho público y las fundaciones del sector público como otorgantes de subvenciones.
5. El ámbito de aplicación desde la consideración del orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas y su proyección a las entidades locales.
 - 5.1. La disposición final primera de la Ley general de subvenciones.
 - 5.2. Conclusión: disposiciones básicas de la Ley general de subvenciones, de directa aplicación a las entidades locales, y no básicas, de aplicación supletoria.
 - 5.3. La aplicación de la Ley general de subvenciones a las subvenciones instituidas por el Estado en ámbitos materiales que no son de su competencia exclusiva o a las subvenciones en cuya tramitación intervengan órganos de la Administración General del Estado.
 - 5.4. Aplicación de la Ley general de subvenciones a las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea.
6. Análisis específico de la aplicabilidad de la Ley general de subvenciones a la cooperación económica de las diputaciones provinciales a las obras y servicios de los municipios.
 - 6.1. Subvenciones previstas en los planes provinciales e insulares de obras y servicios y en el Plan único de obras y servicios de Cataluña.
 - 6.2. Subvenciones previstas en planes especiales u otros instrumentos específicos.
7. Conclusiones.

1. Introducción

En el BOE de 18 de noviembre de 2003 se publicó la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (en adelante, LGS), que, de acuerdo con lo dispuesto en su disposición final tercera, apartado 2, ha entrado en vigor el 18 de febrero de 2004.

La referida ley consta de una exposición de motivos, 69 artículos, 22 disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales, y su contenido puede sistematizarse con arreglo a las siguientes rúbricas:

A) *Delimitación del ámbito de aplicación de la ley*, conjugando para ello diversos criterios: objetivo, subjetivo y territorial (artículos 2 y 3; disposiciones adicionales 5.^a, 6.^a, 7.^a, 8.^a, 9.^a.1.º, 10.^a, 12.^a, 14.^a, 16.^a, 18.^a, 19.^a y 20.^a a 22.^a).

B) *Prelación de fuentes normativas aplicables a las subvenciones* (artículos 5 y 6).

C) *Sujetos de la relación subvencional*: otorgantes (artículo 10), beneficiarios (artículos 11, 13, 14, 30 y disposición adicional 15.^a) y entidades colaboradoras (artículos 12, 13, 15, 16 y disposición adicional 4.^a).

D) *Requisitos y reglas generales que deben observarse para el establecimiento y otorgamiento de subvenciones*: entre otros, fijación previa, en un “plan estratégico de subvenciones”, de los objetivos y efectos que se pretenden, costes y fuentes de financiación (artículo 8.1 y 2, y disposiciones adicionales 13.^a y 17.^a); sujeción, en todo caso, al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria (artículo 8.1); comunicación, cuando proceda, a la Comisión de la Unión Europea, de los proyectos de subvenciones, de acuerdo con los artículos 87 a 89 del TCE (artículo 9.1); aprobación de las bases reguladoras de la subvención (artículos 9.2 y 3 y 17); etcétera.

E) *El otorgamiento de subvenciones*: existencia de crédito y aprobación del gasto (artículos 9.4 y 34.1 y 2); el procedimiento de otorgamiento en régimen de concurrencia competitiva (artículos 22 a 27) y el otorgamiento directo de subvenciones (artículo 28); reglas especiales (disposición adicional 9.^a.2); y publicidad de las subvenciones concedidas (artículo 18).

F) *El procedimiento de gestión presupuestaria*: la aprobación del gasto como presupuesto de la convocatoria para el otorgamiento de subvenciones o para el otorgamiento directo de éstas (artículo 34.1); el compromiso del gasto (artículo 34.2); el pago de la subvención (artículo 34.3 y 5) y los pagos a cuenta (artículo 34.4); la retención del pago como medida cautelar en los casos de incoación de procedimiento de reintegro (artículo 35).

G) *El cumplimiento de la afectación y la posibilidad de subcontratación de las actividades subvencionadas* (artículo 29 y disposición adicional 9.^a.3).

H) *La justificación del empleo dado a la subvención* (artículo 30); gastos subvencionables (artículo 31); comprobación de subvenciones (artículo 32) y comprobación de valores (artículo 33).

I) *El reintegro de subvenciones*: causas de nulidad y anulabilidad de la resolución de otorgamiento de la subvención (artículo 36.1 y 2); revisión de oficio y declaración de lesividad (artículo 36.3 y 5); causas de reintegro (artículo 37); naturaleza de los créditos a reintegrar y de los procedimientos para el reintegro e interés de demora (artículo 38); obligados al reintegro y clases de responsabilidad (artículo 40); procedimiento de reintegro (artículos 41 y 42); prescripción del derecho a reconocer o liquidar el reintegro (artículo 39).

J) *El control financiero de subvenciones* (artículos 44 a 51; disposiciones adicionales 1.^a a 3.^a).

K) *El régimen de infracciones y sanciones* (artículos 52 a 69).

L) *La adecuación de la normativa reguladora de las subvenciones al régimen jurídico de la ley* (disposición transitoria 1.^a).

LL) *El régimen transitorio de los procedimientos* (disposición transitoria 2.^a).

M) *Las disposiciones de la ley que ostentan carácter de legislación básica* (disposición final 1.^a).

N) *La cláusula derogatoria* (disposición derogatoria única).

La LGS, además de derogar a cualesquiera otras normas de igual o inferior rango en lo que la contradigan o se le opongan, deroga expresamente las siguientes disposiciones:

—Los artículos 81 y 82 del Texto refundido de la Ley general presupuestaria, de 23 de septiembre de 1988.

—El segundo párrafo del apartado 1 del artículo 34, el apartado 6 del artículo 36, el párrafo b) del apartado 1 del artículo 37, el apartado 3 del artículo 38 bis y los artículos 43 a 45 del Real decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado.

—En cuanto se le opongan, el Decreto 2784/1964, de 27 de julio, sobre justificación de las subvenciones concedidas con cargo a los presupuestos generales del Estado y de las entidades estatales autónomas, y el Real decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para la concesión de subvenciones públicas.

A la vista de ese contenido, el presente trabajo no tiene otro objeto que la determinación del ámbito de aplicación de la referida LGS, en especial en relación con las entidades que integran la Administración local y, en especial, con las diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias relativas a la cooperación económica a los municipios.

Dicho sintéticamente, se trata de precisar si han de observar y ajustarse a las previsiones de la LGS y, en su caso, en qué supuestos y con qué alcance.

2. Criterios para la fijación del ámbito de aplicación de la Ley general de subvenciones

La LGS tiene por objeto “la regulación del régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por las administraciones públicas” (artículo 1). Pues bien, para la determinación de si el referido régimen jurídico resulta de aplicación a las entidades que integran la Administración local en su condición de otorgantes de subvenciones, así como el efectivo alcance y extensión de esa aplicación, resulta necesario analizar las tres cuestiones siguientes:

a) En primer término, el concepto de subvención que la ley establece a los efectos de delimitar su ámbito objetivo de aplicación, y, complementariamente, los supuestos que, aun tratándose de subvenciones, la propia ley haya excluido de dicho ámbito.

b) Asimismo, y en estrecha relación con el concepto de subvención, el ámbito de aplicación subjetivo de la ley; es decir, a qué entidades es imputable el otorgamiento de subvenciones, quedando con ello sujeto ese otorgamiento al régimen jurídico general previsto por la ley.

c) Por último, aún será necesario determinar el ámbito territorial de aplicación de la ley, teniendo en cuenta el reparto constitucional de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de régimen local y en relación con la ordenación y regulación del otorgamiento de subvenciones.

Sólo tras ese análisis escalonado, atendiendo a los señalados criterios, podrán concretarse los supuestos en los que las entidades locales han de ajustarse a las prescripciones de la LGS.

3. El ámbito objetivo de aplicación de la Ley general de subvenciones

La delimitación del ámbito objetivo de aplicación de la LGS queda enmarcada, de una parte, por la fijación del concepto de subvención a los efectos de la aplicación de la ley, lo que se complementa, a su vez, con la enumeración de una serie de supuestos concretos que no son calificables como tales (artículo 2, apartados 1 y 4); y, por otra parte, con la exclusión de dicho ámbito de aplicación de otros supuestos que, en principio, justamente por quedar expresamente excluidos o no comprendidos en el ámbito de la ley, hay que presuponer que son calificables como subvenciones (artículo 2, apartados 2 y 3; artículo 4; y disposición adicional 8.^a).

3.1. El concepto de subvención a los efectos de la aplicación de la Ley general de subvenciones

El artículo 2 de la Ley general de subvenciones, a los efectos de la propia ley, ha optado por definir como subvención a:

“[...] toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:

“a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.

“b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.

“c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.”

3.1.1. Objeto

La subvención consiste en una “disposición dineraria”. Se identifica, por tanto, con entrega o aportación dineraria, lo que supone adoptar un concepto estricto de subvención, no equivalente sin más a “ayuda” económica. Si no hay entrega de una suma de dinero, no hay subvención y, por tanto, la ley no será de aplicación. No hay lugar, en definitiva, al “equivalente” dinerario, a la subvención “por ahorro de gasto” o por aportación patrimonial no dineraria (en especie). En este sentido, sobre las ayudas en especie, téngase en cuenta, no obstante, la disposición adicional 5.^a de la LGS, que matiza la cuestión, al establecer que, si bien “las entregas a título gratuito de bienes y derechos se regirán por la legislación patrimonial”, la LGS se aplicará, “[...] en los términos que se desarrollen reglamentariamente, cuando la ayuda consista en la entrega de bienes, derechos o servicios cuya adquisición se realice con la finalidad exclusiva de entregarlos a un tercero”, añadiendo que “en todo caso, la adquisición se someterá a la normativa sobre contratación de las administraciones públicas”.

El contraste es manifiesto con el concepto, más genérico y amplio, de “ayuda estatal” a los efectos del Derecho comunitario (artículos 87 a 89 del TCE), ya que se engloban en esa categoría, tal como ha señalado el Tribunal de Justicia, “las decisiones de los estados miembros que, persiguiendo objetivos sociales y económicos que les son propios, por medio de actos unilaterales ponen a disposición de las empresas o de otros sujetos de derecho recursos o les facilitan ventajas destinadas a favorecer la realización de los objetivos eco-

nómicos y sociales perseguidos” (entre otras muchas, Sentencia “*Denkavit Italiana*”, de 27 de marzo de 1980, Rec. pág. 1205 y ss.).

3.1.2. Sujetos: otorgante y beneficiario. En especial, las entidades locales como beneficiarias de subvenciones

Otorgante de la subvención es una administración pública, concretándose qué se entiende por administración pública, a los efectos de la ley, en el artículo 3. Dado que esta cuestión se analizará más adelante, al tratar del ámbito de aplicación subjetivo de la ley, la atención debe centrarse en este momento en la figura del beneficiario y en su relevancia para la determinación del concepto mismo de subvención.

Pues bien, parece claro que, con arreglo a la LGS, beneficiario de la subvención puede serlo tanto una persona privada (física o jurídica), como una persona jurídico-pública. No se excluye, por tanto, que la relación jurídico-subvencional pueda entablarse entre administraciones públicas. Por eso, mientras que en unos casos –se trata del supuesto normal–, los destinatarios o beneficiarios de tales subvenciones serán simples particulares, en otros, los destinatarios serán otras administraciones y organismos públicos, de manera que la relación jurídico-subvencional quedará constituida entre administraciones públicas. Que esa relación pueda entablarse entre personas jurídico-públicas es una posibilidad, en efecto, que, a pesar de las dificultades de orden conceptual y dogmático que algunos sectores doctrinales han planteado, tanto el legislador, como la jurisprudencia, han admitido y reconocido sin mayores problemas.

El artículo 11.1 de la LGS, en parecidos términos a los que ya utilizara el artículo 81.4 de la Ley general presupuestaria (en adelante, LGP), declara que “tendrá la consideración de beneficiario de subvenciones la persona que haya de realizar la actividad que fundamentó su otorgamiento o que se encuentre en la situación que legitima su concesión”, y en los apartados siguientes añade una serie de reglas específicas para aquellos casos en los que el beneficiario sea una persona jurídica (apartado 2) e, incluso, una persona jurídico-pública (apartado 3). De este modo, aunque no se recoge una precisión similar a la que se hace con ocasión de la regulación de las entidades colaboradoras, cuya condición expresamente se reconoce que podrán ostentarla la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y las corporaciones locales (artículo 12.3), de esa omisión o silencio no cabe concluir que esas mismas administraciones no puedan ser ya beneficiarias de subvenciones, máxime una vez admitido genéricamente que sí pueden serlo las personas jurídico-públicas.

Por su parte, la legislación autonómica asume idéntica posición; en algunos casos, en términos, incluso, mucho más explícitos que la normativa estatal. Así, téngase en

cuenta el artículo 118 del Decreto de la Generalidad de Cataluña 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales, que define el objeto de la subvención como “[...] la disposición gratuita de fondos públicos que las entidades locales o sus organismos otorguen a personas o entidades públicas o privadas [...]”, a partir del precedente artículo 224 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, que, asimismo, establece que “los entes locales podrán otorgar subvenciones [...] a favor de entidades públicas o privadas y de particulares”. Todo ello sin perjuicio de otras previsiones específicas, y a la vez más explícitas, de esta misma ley: por ejemplo, artículo 89.2: “[...] las diputaciones provinciales podrán cooperar también en la efectividad de los servicios municipales, mediante el otorgamiento de subvenciones y otras ayudas económicas de las que podrán ser beneficiarios los municipios y comarcas”. Del mismo modo, en fin, cabe recordar el artículo 1 de la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de subvenciones de la Comunidad de Madrid, que establece que “tendrá la consideración de subvención, a los efectos de esta ley, todo desplazamiento patrimonial que tenga por objeto una entrega dineraria entre los distintos agentes de la Administración pública de la Comunidad de Madrid, o de éstos a otras entidades públicas o privadas y a particulares [...]”, y que en el artículo 4, al referirse a la publicidad de las subvenciones, puntualiza que “asimismo no será necesaria publicidad cuando los beneficiarios sean corporaciones y entidades locales [...]”. O, en parecidos términos, el artículo 48.2 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre los principios ordenadores de la hacienda general del País Vasco, aprobado por el Decreto legislativo 1/1988, de 17 de mayo, tras la redacción dada por la Ley 7/1997, de 19 de junio, o el artículo 2 de la Ley del Parlamento de las Islas Baleares 5/2002, de 21 de junio, de subvenciones.

La jurisprudencia tampoco ha puesto en cuestión el carácter de subvención por el hecho de que el beneficiario o destinatario de la misma sea una administración pública: entre las más recientes, baste remitir a las STS de 5 de mayo de 2003 (Aranzadi 4118), en relación con el reintegro exigido a la Diputación Provincial de Zaragoza de la subvención destinada a programas de cooperación a obras y servicios por incumplimiento de las condiciones a las que se vinculó el otorgamiento; de 30 de enero de 2003 (Aranzadi 834), a propósito de la denegación de la subvención solicitada por el Ayuntamiento de Granollers con destino al servicio de transporte colectivo urbano; de 21 de enero de 2003 (Aranzadi 893), en relación con el reintegro de una subvención percibida por el Ayuntamiento de Medina Sidonia; de 13 de enero de 2003 (Aranzadi 341), en esta ocasión respecto del reintegro por incumplimiento de la subvención percibida por el Ayuntamiento de Guadarrama; etcétera.

No cabe negar, por tanto, el carácter de subvención y la aplicación del régimen jurídico aplicable a la misma en atención al mero hecho de que el beneficiario –destinatario, si se quiere– de los fondos públicos sea una persona jurídico-pública o, más en concreto, en el caso que nos ocupa, una entidad local. Beneficiario es, sencillamente, quien recibe los fondos, incrementa su patrimonio y queda obligado a invertir la cantidad recibida en un destino específico, o bien se encuentra en la situación que le permite recibirlos. Y la persona en la que concurren esas circunstancias puede ser tanto privada como pública, incluidas las administraciones públicas. Quiere decirse, en suma, que, desde la regulación general de la subvención, no se limita la condición de beneficiario a los particulares.

Ahora bien, cuestión distinta es que la existencia de verdaderas relaciones subvencionales entre administraciones públicas requiere de la concurrencia de las demás notas definitorias de la subvención, lo que –puede decirse ya– determina que, en algunos casos, las pretendidas subvenciones –así denominadas sobre todo en la normativa presupuestaria– no sean en realidad sino transferencias presupuestarias que, por su propia naturaleza, quedan al margen de la aplicación de las normas específicas reguladoras de las subvenciones. Resulta necesario distinguir, en consecuencia, entre aquellas partidas que constituyen los medios habituales de financiación de determinados niveles territoriales y las verdaderas subvenciones que se conceden de forma ocasional, afectadas a una finalidad concreta, estando la Administración receptora obligada a justificar la aplicación de los fondos y, en caso contrario, a proceder a su reintegro. Unas subvenciones, por tanto, que, a diferencia de las transferencias como medio de financiación, implican un control específico por parte del ente concedente.

Como se ha señalado en la doctrina con absoluta corrección, “las transferencias que constituyen una fuente de financiación ordinaria de las diferentes administraciones territoriales –aunque en la estructura presupuestaria se recojan en el capítulo de transferencias al igual que las verdaderas subvenciones de fomento– tienen una regulación independiente [...]”. De manera que estas subvenciones (en realidad, transferencias) “tampoco se conceden en régimen competitivo o concurrencial [...], ni existen bases reguladoras [...]; no necesitan una publicidad especial en el BOE [...]; no se otorgan de modo puntual para una finalidad específica sino que se destinan a la financiación de la generalidad de gastos o servicios transferidos asumidos por la Administración receptora –con independencia de que algunos tengan una afectación más concreta, como las recibidas con cargo al Fondo de Compensación Interterritorial– y se fundamentan en los principios de autonomía y suficiencia financiera y no en las necesidades de estimular una

determinada actividad [...]” (*vid.*, por todos, B. Sesma Sánchez, *Las subvenciones públicas*, Lex Nova, Madrid, 1998, pág. 465).

La propia jurisprudencia constitucional también ha marcado esa fundamental diferencia entre las subvenciones propiamente dichas y esas otras pretendidas subvenciones que no son otra cosa que transferencias presupuestarias vinculadas a la financiación de las entidades públicas. En el FJ 6 de la STC 13/1992, de 6 de febrero, se dice sobre este extremo lo siguiente:

“Dentro de las subvenciones, y en lo que respecta a las cuestiones aquí planteadas, conviene distinguir por una parte aquellas que responden a una finalidad o acción de fomento, y por otra, las llamadas ‘subvenciones-dotación’, frecuentemente incluidas en los presupuestos generales del Estado y que, si bien formalmente caracterizadas como subvenciones, en realidad encubren meras dotaciones presupuestarias destinadas a cubrir las necesidades de financiación de un determinado ente o servicio público y que sólo impropia o en una acepción muy genérica pueden asimilarse a las subvenciones en sentido estricto, constituyendo en realidad transferencias presupuestarias para asegurar la suficiencia financiera del ente público receptor (como es el caso de las subvenciones a las entidades locales destinadas a asegurar su equilibrio financiero), o sencillamente, una forma de financiación del mismo.”

En definitiva, la condición pública del beneficiario de la aportación dineraria no descarta, por sí misma, la calificación de subvención en sentido estricto, o, si se quiere, la sujeción de esa aportación al ámbito objetivo de aplicación de la LGS. Lo que sucede es que no impidiéndolo, será preciso que concurren las demás notas definitorias de la subvención y, entre ellas, de manera especialmente relevante, el requisito de la afectación de la entrega dineraria.

3.1.3. El requisito de la afectación

La entrega dineraria se vincula al cumplimiento de un determinado fin (la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la observancia de un comportamiento, etc.). Quiere decirse, pues, que la causa que legitima el otorgamiento dinerario es la concreta afectación, lo que, entre otras consecuencias, da cuenta de la exigencia de reintegro de lo percibido en caso de incumplimiento de las cargas y obligaciones en que se concreta esa afectación. Por ello, sin afectación no hay subvención.

No obstante, distintos pueden ser los grados de afectación, lo que se proyecta en las cargas que asumirá el beneficiario. De ahí la distinción entre “subvenciones de actividad” y “subvenciones de resultado”. En ambos casos hay afectación, pero las consecuencias para el desarrollo de la actividad del beneficiario no son las mismas. El artículo 2.1.b) de la LGS da cobertura a uno u

otro supuestos, al vincular la entrega al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, etc., pero también a la mera “conurrencia de una situación”, aunque, en todo caso, el beneficiario esté obligado a dar cumplido destino a lo otorgado, lo que equivale a decir que “debe cumplir” la afectación.

Por otra parte, esa afectación se refleja en las características de la acción o actividad, o situación, del beneficiario de la entrega dineraria, aunque lo cierto es que, en este particular extremo, la LGS no es del todo precisa: el artículo 2.1.c) dice que “el proyecto, la acción, conducta o situación” que debe ser observado por el beneficiario –y que legitima su “financiación” pública, es decir, el otorgamiento de la suma dineraria– ha de tener por “objeto” “[...] el fomento de una actividad de utilidad pública o (de) interés social o de una promoción de una finalidad pública”. Sin embargo, la referida previsión no es, en su propia literalidad, exacta, pues la actividad que desarrolla el beneficiario no tiene por qué tener por objeto el “fomentar” el desarrollo de una actividad de interés público. Lo que quiere decirse, obviamente, es que la entrega dineraria se justifica porque con ello se “fomenta” una actividad que, sin dejar de ser propia del beneficiario y, si este es un particular, una actividad privada, es a la vez una actividad de interés público o en la que, en todo caso, media un interés público en que sea llevada a cabo. El beneficiario de la subvención no fomenta nada. Quien fomenta es el otorgante de la subvención. Se fomenta, se incentiva, se favorece, se posibilita, también, la realización de una determinada actividad porque hay un interés público en que la misma se realice. En realidad, el precepto debería decir que “[...] tenga por objeto el desarrollo [...]”, en lugar de que “[...] tenga por objeto el fomento [...]”, o, en todo caso, que “[...] la disposición dineraria tenga por objeto [...]”, en lugar de que “[...] el proyecto, la acción, conducta o situación tenga por objeto [...]” [artículo 2.1.c)].

Debe añadirse que, dado que la subvención se configura como “entrega afectada”, en los términos señalados, y que el cumplimiento de esa afectación comporta una serie de obligaciones y cargas para el beneficiario que condicionan y limitan su acción (justamente en ello radica la finalidad última de la entrega y que el “fomento” opere como un medio de “intervención” sobre la actividad del beneficiario), es por lo que, según se trate de unas u otras actividades, la afectación encontrará límites (así, por ejemplo, cuando la actividad beneficiaria suponga el ejercicio de un derecho fundamental –máxime si es de los especialmente protegidos–, ya que la afectación no puede “restringir” más allá de lo debido el ejercicio de tal derecho; o cuando la afectación incida sustancialmente en la autonomía financiera de la Administración pública beneficiaria, cuestión a la que más adelante me referiré).

3.1.4. La inexistencia de contraprestación directa del beneficiario

El artículo 2.1.a) de la LGS establece, asimismo, como requisito necesario de toda subvención, que “la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios”. La no-contraprestación del beneficiario lo es en relación con el otorgante de la suma dineraria. Es decir, el cumplimiento de las obligaciones o cargas que asume el beneficiario (consecuencia de la afectación) no se traduce en “contraprestaciones” a favor del otorgante de la subvención. La actividad que el beneficiario desarrolla no deja de ser una actividad que le es propia y que a él le beneficia, sin que la Administración otorgante obtenga nada a cambio. Y por eso mismo –aunque concurren también otras razones–, la relación jurídico-subvencional no se configura como una relación contractual sinalagmática.

3.2. Supuestos que no tienen carácter de subvención y supuestos no comprendidos y excluidos del ámbito objetivo de aplicación

Delimitado el ámbito objetivo de aplicación de la ley en atención al concepto de subvención definido en la forma expuesta, la LGS refiere específicamente una serie de supuestos que no tienen carácter de subvención (artículo 2, apartado 4) y, asimismo, otros más que quedan al margen de esa aplicación, utilizando para ello las expresiones subvenciones “no comprendidas” (artículo 2, apartados 2 y 3) y subvenciones “excluidas” (artículo 4).

3.2.1. Supuestos que no tienen el carácter de subvención

En el artículo 2.4 de la LGS se enumeran una serie de supuestos que “no tienen carácter de subvenciones” y a los que, por tanto, no se les aplica la ley, quedando excluidos de su ámbito objetivo. Esos supuestos son los siguientes:

–“Las prestaciones contributivas y no contributivas del Sistema de la Seguridad Social” [artículo 2.4.a)].

La exclusión es clara. Esas aportaciones dinerarias no tienen carácter afectado, por lo que no pueden ser calificadas como subvenciones.

–“Las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los españoles no residentes en España, en los términos establecidos en su normativa reguladora” [artículo 2.4.b)].

Una vez más, la exclusión se debe a la falta de afectación de la entrega dineraria. Y lo mismo cabe decir respecto de este otro supuesto:

–“En la medida en que resulten asimilables al régimen de prestaciones no contributivas del Sistema de la Seguridad Social, las prestaciones asistenciales y los subsidios económicos a favor de españoles no residentes en España, así como las prestaciones a favor de los

afectados por el virus de inmunodeficiencia humana y de los minusválidos” [artículo 2.4.c)].

Asimismo, tampoco pueden reconducirse al concepto de subvención las siguientes prestaciones:

–“Las prestaciones a favor de los afectados por el síndrome tóxico y las ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C reguladas en la Ley 14/2002, de 5 de junio” [artículo 2.4.d)].

–“Las prestaciones derivadas del sistema de clases pasivas del Estado, pensiones de guerra y otras pensiones y prestaciones por razón de actos de terrorismo” [artículo 2.4.e)].

–“Las prestaciones reconocidas por el Fondo de Garantía Salarial” [artículo 2.4.f)].

Dos supuestos más, en fin, quedan excluidos del concepto de subvención y, por tanto, de la aplicación de la ley:

–“Los beneficios fiscales y beneficios en la cotización a la Seguridad Social” [artículo 2.4.g)].

–“El crédito oficial, salvo los supuestos en que la Administración pública subvencione al prestatario la totalidad o parte de los intereses u otras contraprestaciones de la operación de crédito” [artículo 2.4.h)].

El primero de los supuestos, en el que se subsumen cualesquiera beneficios fiscales, incluidos aquellos que se establecen con fines extrafiscales, queda al margen del concepto de subvención en la medida en que ésta comporta una entrega dineraria. Como ya se ha señalado con anterioridad, la “subvención por ahorro de gasto” no es una subvención propiamente dicha, aun cuando sus efectos para el beneficiario sean los mismos (lo que explica que, desde la perspectiva del régimen jurídico de las ayudas de Estado y a los efectos de garantizar la competencia y los libres intercambios comerciales, el tratamiento de las subvenciones y de los beneficios fiscales sea idéntico).

En cuanto al segundo, el crédito oficial, en la medida en que el tipo de interés o cualquier otra condición sea más favorable para el prestatario que las que ofrece el crédito privado, también supondrá una ventaja patrimonial, aunque, al existir contraprestación, no podrá calificarse como subvención. Al respecto, la disposición adicional 6.^a de la LGS establece que “los créditos sin interés, o con interés inferior al de mercado, concedidos por los entes contemplados en el artículo 3 de esta ley a particulares se regirán por su normativa específica y, en su defecto, por las prescripciones de esta ley que resulten adecuadas a la naturaleza de estas operaciones, en particular, los principios generales, requisitos y obligaciones de beneficiarios y entidades colaboradoras, y procedimiento de concesión”.

Todo esto no impide que el crédito –en este caso, parece que necesariamente el crédito privado, a la vista de la referida disposición adicional 6.^a– pueda subven-

cionarse, procediendo la Administración pública al pago de la totalidad o parte de los intereses o de cualesquiera otras contraprestaciones a las que queda obligado el prestatario en la operación de crédito que realiza, en cuyo caso ese pago es calificable como subvención. En realidad, en este supuesto, junto a la relación crediticia se constituye una relación subvencional, con la única singularidad de que el pago de la subvención lo realiza directamente la Administración, por cuenta del beneficiario de la misma, a la entidad crediticia con la que se ha concertado el crédito.

Hasta aquí la enumeración legal de supuestos que no tienen carácter de subvención. Se trata, obviamente, de una enumeración de la que podría haberse prescindido, ya que ninguno de esos supuestos es susceptible de englobarse en el concepto de subvención, tal como se define por el artículo 2.1 de la ley. Por eso mismo, no pasa de ser una relación meramente ejemplificativa, que podría haber incorporado otros supuestos que tampoco son calificables como subvención. Cuestión ésta de la mayor importancia a la vista de los supuestos calificados por la propia ley como subvenciones no comprendidas y excluidas de su ámbito de aplicación.

3.2.2. Supuestos no comprendidos y excluidos. En especial, la exclusión de las aportaciones dinerarias entre diferentes administraciones públicas destinadas a financiar globalmente la actividad de cada ente en el ámbito propio de sus competencias

3.2.2.1. Supuestos no comprendidos

En el artículo 2, apartados 2 y 3, bajo la expresión “no están (y no estarán) comprendidas en el ámbito de aplicación de esta ley”, se enumeran dos supuestos. En concreto:

–“Las aportaciones dinerarias entre diferentes administraciones públicas, así como entre la Administración y los organismos y otros entes públicos dependientes de éstas, destinadas a financiar globalmente la actividad de cada ente en el ámbito propio de sus competencias, resultando de aplicación lo dispuesto de manera específica en su normativa reguladora” (artículo 2.2).

–“Las aportaciones dinerarias que en concepto de cuotas, tanto ordinarias como extraordinarias, realicen las entidades que integran la Administración local a favor de las asociaciones a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local” (artículo 2.3).

Dejando para más adelante el análisis del primero de los supuestos, referido a “las aportaciones dinerarias entre diferentes administraciones públicas, así como entre la Administración y los organismos y otros entes públicos dependientes de éstas, destinadas a financiar globalmente la actividad de cada ente en el ámbito propio de sus competencias” –un supuesto al que, a los

efectos del presente dictamen, se debe prestar especial atención—, por lo que respecta a la exclusión de las cuotas, tanto ordinarias como extraordinarias, que realicen las entidades que integran la Administración local a favor de las asociaciones a que se refiere la disposición adicional 5.ª de la LBRL, de inmediato hay que señalar que, de acuerdo con la definición dada a la subvención, esas cuotas en ningún caso pueden calificarse como tal.

La disposición adicional 5.ª de la LBRL, que, en su párrafo 1.º, establece que “las entidades locales pueden constituir asociaciones, de ámbito estatal o autonómico, para la protección y promoción de sus intereses comunes, a las que se les aplicarán, en defecto de normativa específica, la legislación del Estado en materia de asociaciones”, y que en el párrafo 2.º especifica que tales asociaciones “se regirán por sus estatutos [...]”, reconoce a las entidades locales el derecho a constituir asociaciones calificables estrictamente como tales (piénsese en la FEMP y similares); un derecho al que ahora da cobertura directa la propia Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, que, en su artículo 3.g) llega a reconocer a las personas jurídico-públicas como “titulares del derecho de asociación en los términos del artículo 2.6 de la presente ley, salvo que establezcan lo contrario sus normas constitutivas y reguladoras, a cuyo tenor habrá de atenderse, en todo caso, el ejercicio de aquél”. Y el artículo 2.6 dispone que “las entidades públicas podrán ejercitar el derecho de asociación entre sí, o con particulares como medida de fomento y apoyo siempre que lo hagan en igualdad de condiciones con éstos, con el objeto de evitar una posición de dominio en el funcionamiento de la asociación”.

Por consiguiente, siendo dichas asociaciones “asociaciones privadas” y las administraciones públicas socios de las mismas, es obvio que las aportaciones que éstas deban realizar en concepto de cuotas sociales —como cualquier miembro de una asociación— difícilmente pueden ser calificadas como subvenciones. Por eso, el artículo 2.3 de la LGS no deja de ser equívoco, al menos por las dos razones siguientes. Por una parte, porque, decidida una expresa mención a ese supuesto, debería haberse formulado en términos más generales, referidos a cualesquiera aportaciones dinerarias que las administraciones públicas —y no sólo las entidades locales— realicen a favor de las asociaciones a las que pertenezcan en pago de las correspondientes cuotas sociales. Pero, por otra, y sobre todo, porque, en estrictos términos, no puede decirse que estemos ante subvenciones que quedan excluidas del ámbito de aplicación de la ley por así determinarlo la propia ley, sino que se trata, sencillamente, de un supuesto no calificable como subvención que, en consecuencia, debía haberse incorporado, en todo caso, al listado del artículo 2.4 de la LGS.

A las referidas cuotas, en suma, no se les aplica la LGS porque, sencillamente, no son subvenciones; por tanto,

no porque el legislador haya decidido excluirlas de su ámbito de ampliación.

3.2.2.2. *Supuestos excluidos*

Junto a estos dos supuestos no comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley, en el artículo 4 se enumeran otros supuestos que expresamente se dice ahora que “quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley”. Veamos en primer lugar cuáles son:

—“Los premios que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario” [artículo 4.a)].

La exclusión presupone un concepto de premio equiparable al de subvención. Sin embargo, ese concepto no se define en ningún momento. Además, debe tenerse en cuenta que la disposición adicional 10.ª de la misma LGS se refiere a unos determinados tipos de premios que, no obstante, dada su descripción, termina englobando o alcanzando a cualesquiera premios. Dice así, bajo la rúbrica “Premios educativos, culturales, científicos o de cualquier otra naturaleza”:

“Reglamentariamente se establecerá el régimen especial aplicable al otorgamiento de los premios educativos, culturales, científicos o de cualquier otra naturaleza, que deberá ajustarse al contenido de esta ley, salvo en aquellos aspectos en los que, por la especial naturaleza de las subvenciones, no resulte aplicable.”

Parece evidente, por de pronto, la falta de precisión del legislador. Obsérvese, por ejemplo, que la citada disposición adicional 10.ª, al prever que el correspondiente desarrollo reglamentario pueda no ajustarse a la LGS, vincula tal posibilidad a que dicha ley no resulte aplicable “por la especial naturaleza de las subvenciones”, lo que hace dudar de si los premios son subvenciones, aunque de especial naturaleza y, por ello, no pueden en todo quedar sujetos a la LGS, o si, por el contrario, al no ser subvenciones, la regulación reglamentaria de los mismos sólo deberá ajustarse en la medida en que la referida regulación no se refiera a aspectos específicos y singulares de las subvenciones. Es verdad, no obstante, que la consecuencia final, sea una u otra la interpretación por la que se opte, puede llegar a ser la misma, ya que, a la postre, la indeterminación de la remisión reglamentaria no deja de ser notable. Pero no lo es menos que, según como se interprete, dicha previsión puede resultar incoherente con la exclusión del artículo 4.a) de la LGS.

En principio, la exclusión de los premios que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario no alcanza, en su literalidad misma, a los que se otorguen mediando solicitud. Pudiera también mantenerse, en consecuencia, que los premios que se otorgan mediando solicitud son verdaderas y efectivas subvenciones, sujetos, por tanto, a la LGS, sin perjuicio, no obstante, de las especialidades que en su régimen jurídico, y al amparo de lo dispuesto en la disposición

adicional 10.^a de la LGS, puedan establecerse reglamentariamente.

Ahora bien, del hecho de que el premio se otorgue sin mediar solicitud no parece que pueda ya concluirse, sin más, que ese premio sea de naturaleza distinta al otorgado mediando solicitud. De manera que si, en este caso, no cabe negar al premio la condición de subvención, tampoco cabrá negarla por el mero hecho de que se otorgue no mediando solicitud, lo que no es óbice para que el legislador, a la vista de esa circunstancia, haya considerado pertinente –en esta ocasión, por lo demás, de manera coherente y propia– por excluirlo del ámbito de aplicación de la LGS.

La exclusión, tal como está formulada, no parece permitir otra conclusión que, a la vez, pretenda mantener una lógica y coherencia con la regulación general de la LGS. No obstante, esa equiparación conceptual entre premio y subvención implícita en la exclusión establecida, no deja de ser discutible, por cuanto son apreciables algunas diferencias que, con algún fundamento, bien podían haber justificado la separación entre una y otra figuras o, si se quiere, la inclusión de los premios entre los supuestos no calificables como subvenciones (al respecto, me permito remitir a mi libro *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983, pág. 280 y ss., en el que mantengo esa separación básicamente en atención al hecho fundamental de que la acción del beneficiario a la que se vincula la subvención trae causa de su otorgamiento, aunque el pago de la misma se realice *a posteriori*, mientras que en el caso de los premios esa acción o actividad es previa e independiente de que se instituyan o de que lleguen a ser otorgados; en contra, no obstante, B. Sesma, *Las subvenciones públicas*, *op. cit.*, pág. 359 y ss.).

En este sentido, que la equiparación no puede ser plena termina reflejándose al final en la propia LGS, al excluir, de una parte, a los premios otorgados sin mediar solicitud del beneficiario, y, a la vez, al habilitar al Gobierno para que establezca en el régimen jurídico de todos los demás las singularidades y especificidades que sean precisas. Por tanto, a los premios no deberían aplicarse las previsiones de la LGS porque no son calificables o reconducibles al concepto legal de subvención. Y ello independientemente de que medie o no solicitud del premiado.

Por otra parte, también quedan excluidos estos otros supuestos:

–“Las subvenciones previstas en la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general” [artículo 4.b)].

–“Las subvenciones reguladas en la Ley orgánica 3/1987, de 2 de julio, de financiación de los partidos políticos” [artículo 4.c)].

–“Las subvenciones a los grupos parlamentarios de las cámaras de las Cortes Generales, en los términos pre-

vistos en los reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, así como las subvenciones a los grupos parlamentarios de las asambleas autonómicas y a los grupos políticos de las corporaciones locales, según establezca su propia normativa” [artículo 4.d)].

Sin embargo, esas subvenciones tampoco son reconducibles en puridad de términos al concepto de subvención que establece la LGS, porque en las mismas no concurre el requisito de la afectación. De manera que, aun cuando nada se hubiere previsto acerca de su exclusión, no por ello habrían quedado sujetas al régimen jurídico general de las subvenciones. En realidad, se trata de aportaciones dinerarias (subvenciones, si se quiere) que cuentan con una regulación específica en la legislación electoral y en la de financiación de partidos políticos (no hace mucho modificadas, por lo demás, en este particular extremo, por la Ley orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los ayuntamientos y la seguridad de los concejales).

Hasta aquí, pues, los supuestos excluidos. Unos supuestos que, tan injustificada como equívocamente, aparecen referidos como una categoría distinta a la de los supuestos “no comprendidos en el ámbito de aplicación”. Pero “excluidos” es lo mismo que “no comprendidos”, por lo que más correcto hubiera sido que unos y otros se hubieran agrupado sistemáticamente en un mismo artículo y bajo una misma expresión. Todo ello sin olvidar que, en la mayoría de los casos, son en realidad supuestos no reconducibles al concepto de subvención, por lo que ni siquiera pueden considerarse supuestos “excluidos” o “no comprendidos”.

Únicamente cabe apreciar la exclusión de verdaderas subvenciones en el supuesto de los incentivos regionales a los que se refiere la disposición adicional 9.^a de la LGS. Y es que, según esta disposición, tales incentivos regionales “[...] se regularán por la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de incentivos regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales, excepto en lo referido al régimen de control financiero y a las infracciones y sanciones administrativas en materia de subvenciones, que se regirán, respectivamente, por lo establecido en los títulos III y IV de esta ley”. Unos incentivos –que pueden incluir subvenciones propiamente dichas– respecto de los cuales aún se añade que los órganos competentes, tras el informe de control financiero que corresponde emitir a la IGAE, podrán ejercer las competencias que el Reglamento de desarrollo de la Ley de incentivos regionales (Real decreto 1535/1987, de 11 de diciembre) les atribuye “[...] para acordar de oficio la concesión de prórrogas para la completa ejecución del proyecto o para incoar el procedimiento de modificación del proyecto inicial”, todo ello sin perjuicio de la aplicación supletoria de la LGS. Similares consideraciones, en fin, dejando ahora al margen el supuesto de la disposición adicional 8.^a de la LGS,

al que más adelante me referiré, cabe hacer en relación con las “ayudas” que se establezcan en las declaraciones de impacto ambiental, las cuales, de acuerdo con la disposición adicional 12.^a, “se aplicarán conforme a los requisitos, exigencias y condiciones que se establezcan en dicha declaración, de acuerdo con su propia normativa”, y en relación también con las subvenciones de cooperación internacional, en los términos previstos por la disposición adicional 18.^a de la LGS.

Es claro, pues, que, en términos generales, la distinción entre supuestos excluidos del concepto de subvenciones, supuestos no comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley y supuestos excluidos del mismo, resulta equívoca, reflejando así una imperfección más de la LGS. Una imperfección, de todas formas, que, en este caso, parece traer causa de la observación formulada por el Consejo de Estado en su Dictamen de 26 de junio de 2003 al anteproyecto de ley (exp. 1756/2003). No estará de más recordar que el anteproyecto de ley no incorporaba esa distinción, ni tampoco procedía a enumerar los supuestos que no tienen carácter de subvención, sino que se refería a todos ellos como supuestos excluidos del ámbito de la ley [concretamente, en el artículo 4, en las letras a) a h) se enumeraban los que han pasado al artículo 2.4, y en las letras i) a l) los que han permanecido en dicho artículo 4 como letras a) a d)], de manera que fue la observación del Consejo de Estado de que los supuestos de las letras a) a h) no eran subvenciones lo que determinó esa diferenciación. En concreto, la observación fue la siguiente:

“El artículo 4 del anteproyecto enumera una serie de ayudas y prestaciones a efectos de excluirlas expresamente del ámbito de la nueva ley.

“Entre estos casos, los contemplados en las letras a) a h) no constituyen verdaderas exclusiones sino supuestos que en ningún caso estarían incluidos en el ámbito de aplicación de la ley por no tratarse de subvenciones en el sentido que el artículo 2 del anteproyecto las define. Es el caso, por ejemplo, de las prestaciones contributivas y no contributivas del Sistema de la Seguridad Social (a), las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los españoles no residentes en España (b), las prestaciones a favor de los afectados por el síndrome tóxico y las ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C regulada en la Ley 14/2002 (d), las prestaciones reconocidas por el Fondo de Garantía Salarial (f) o los beneficios fiscales y beneficios en la cotización a la Seguridad Social (g).

“Sí son verdaderas exclusiones (en la medida en que son supuestos que podrían eventualmente calificarse de subvenciones en el sentido del artículo 2, pero que no quedan sujetas a la nueva ley por disponer de una normativa específica) los supuestos contemplados en las letras i) a l) del artículo 4: premios que se otorguen

sin la previa solicitud del beneficiario (i), subvenciones previstas en la Ley orgánica de régimen electoral general y en la Ley orgánica de financiación de partidos políticos (j y k), y subvenciones a los grupos parlamentarios (l).

“En consecuencia, deberían eliminarse de este artículo 3 [sic: ha de entenderse artículo 4] los supuestos contemplados en sus letras a) a h). Si se estima necesario hacer una referencia a ellos, a efectos de mayor claridad, en el texto del anteproyecto, podría incluirse en el artículo 2, indicando que ‘no tienen carácter de subvenciones’.”

No obstante, sólo parcialmente acertó el Consejo de Estado al hacer esa observación, por cuanto, en realidad, todos los supuestos, tanto los no comprendidos –con las precisiones que se harán a continuación a propósito de las aportaciones dinerarias entre diferentes administraciones públicas destinadas a financiar globalmente la actividad de cada ente en el ámbito propio de sus competencias–, como los excluidos –si acaso, como hemos visto, con la excepción de los premios que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario– quedan al margen del ámbito de aplicación de la ley por no ser reconducibles al concepto de subvención que la propia ley establece. De manera que, al mantenerse la mención a esos supuestos, al menos todos ellos deberían haberse agrupado bajo la rúbrica común de que “no tienen carácter de subvenciones” o, incluso, aun siendo equívoco, bajo la rúbrica de que “quedan excluidos del ámbito de aplicación de la ley”, tal como se había previsto por el anteproyecto.

3.2.2.3. Las aportaciones dinerarias entre diferentes administraciones públicas destinadas a financiar globalmente las actividades propias de las administraciones beneficiarias

Queda por examinar el supuesto de “las aportaciones dinerarias entre diferentes administraciones públicas, así como entre la Administración y los organismos y otros entes públicos dependientes de éstas, destinadas a financiar globalmente la actividad de cada ente en el ámbito propio de sus competencias”. Esas aportaciones, tal como dispone el artículo 2.2 de la LGS, “no están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta ley” y, en relación con las mismas, se aplicará “lo dispuesto de manera específica en su normativa reguladora”.

Una vez más hay que decir que, si la previsión del artículo 2.2 de la LGS fuese coherente con el concepto de subvención y con la regulación general que establece, habría que presuponer que dichas aportaciones son subvenciones que, sin embargo, por concurrir en ellas la singularidad de que el destinatario es otra Administración pública y están destinadas a financiar globalmente su actividad en el ámbito de sus competencias, el legislador ha optado por excluirlas de su pro-

pio ámbito de aplicación. Pero ya hemos visto como esa coherencia no se ha observado en supuestos similares. Por eso, no cabe descartar que, al igual que en esos otros casos, también aquí el legislador esté “excluyendo” de su ámbito de aplicación lo que, por definición, no está sujeto a la misma, sin añadir nada nuevo, por tanto, a lo que ya resulta del propio concepto de subvención.

Con anterioridad se ha advertido que el hecho de que el beneficiario sea una administración pública no impide que la disposición o aportación dineraria no pueda ser calificada o conceptuada como subvención. Lo que sucede es que no serán tales todas aquellas transferencias gratuitas de fondos públicas previstas como ingresos financieros debidos y no afectados en favor de las administraciones territoriales. Y ello por cuadrar mejor la calificación de transferencias presupuestarias que la de subvenciones propiamente dichas, en la medida en que esas aportaciones dinerarias no responden al carácter afectado característico y definitorio de toda subvención.

Es verdad que el artículo 2 del Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (en adelante, LHL), prevé que dichas haciendas estarán constituidas, entre otros recursos, por “las participaciones en los tributos del Estado y de las comunidades autónomas” y por “subvenciones”, añadiendo el artículo 40.1 de la misma ley que “las subvenciones de toda índole que obtengan las entidades locales con destino a sus obras y servicios no podrán ser aplicadas a atenciones distintas de aquellas para las que fueron otorgadas, salvo, en su caso, los sobrantes no reintegrables, cuya utilización no estuviese prevista en la concesión”. Que en este caso se trata de subvenciones reconducibles al concepto de subvención que establece el artículo 2.1 de la LGS parece indiscutible, dado el destino que debe darse a lo percibido. En este sentido, el apartado 2 del citado artículo 40 aún añade una consecuencia consustancial a toda subvención: la potestad fiscalizadora de la Administración concedente en orden a verificar el debido cumplimiento de la afectación y, como resultado del mismo, la obligación de reintegro de lo percibido. Dice así:

“Para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior, las entidades públicas otorgantes de las subvenciones podrán verificar el destino dado a las mismas. Si tras las actuaciones de verificación resultase que las subvenciones no fueron destinadas a los fines para los que se hubieran concedido, la entidad pública otorgante exigirá el reintegro de su importe o podrá compensarlo con otras subvenciones o transferencias a que tuviere derecho la entidad afectada, con independencia de las responsabilidades a que haya lugar”.

Pues bien, por el hecho de que estas subvenciones se consideren ingresos de la hacienda local no parece que

pueda ya concluirse que las mismas son un medio de “financiación global de la actividad del ente en el ámbito propio de sus competencias”.

Primero, porque toda subvención, obviamente, supone un ingreso en el patrimonio del beneficiario, sea privado o público.

Segundo, porque ese ingreso no es un medio de “financiación global” de las actividades del ente local receptor, dado el destino concreto y específico que al mismo debe darse. Coadyuva, ciertamente, a la financiación de determinada obra o servicio municipal, pero es un ingreso al que no puede darse otro destino que el que la Administración otorgante haya establecido. Tanto es así que, si no se materializa ese concreto destino por aplicarse el ingreso a otra actividad propia del ente local, la cuantía de la subvención deberá reintegrarse.

Tercero, porque si estas subvenciones *stricto sensu* —es decir, aportaciones dinerarias afectadas o condicionadas— se consideran que son un medio de “financiación global”, ¿acaso existirán subvenciones otorgadas por las administraciones públicas a favor de otras administraciones que no sean un medio de “financiación global”? ¿Cuáles podrían ser y en que se diferenciarían? Si, como a mi juicio debe ser, la respuesta fuese negativa, rechazando, por tanto, tal posibilidad, en realidad el artículo 2.2 de la LGS habría venido a excluir de su ámbito de aplicación a cualesquiera subvenciones “interadministrativas”, es decir, a toda subvención que tenga por destinatario a un ente público, lo que tampoco se ajusta a la literalidad del precepto.

Así las cosas, lo más razonable es concluir que el artículo 2.2 de la LGS, aunque de manera innecesaria, se limita a excluir de su ámbito de aplicación a lo que no son sino transferencias o aportaciones dinerarias no afectadas para la financiación de las haciendas de las entidades receptoras. En suma, a excluir lo que ya está excluido a partir del propio concepto de subvención que delimita en positivo el ámbito de aplicación de la LGS. Ciertamente, podrá decirse que con ello el precepto en cuestión pasa a ser un precepto vacío de contenido, innecesario o superfluo. Pero ya hemos visto que así sucede con la práctica totalidad de las previsiones del artículo 2, apartados 3 y 4, y del artículo 4.

Además, hay otras razones complementarias que abundan en la interpretación del artículo 2.2 de la LGS que aquí se mantiene.

Por de pronto, debe recordarse que ese es el criterio que se ha seguido en otras normas reguladoras del régimen jurídico de las subvenciones. En este sentido, el Reglamento de procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, aprobado por el Real decreto 225/1993, de 17 de diciembre, al delimitar su ámbito objetivo de aplicación, excluyó del mismo a “las ayudas institucionales de carácter permanente entre administraciones públicas” (artículo 2.3), lo que, desde luego,

supone excluir a lo que no son subvenciones propiamente dichas, dado que éstas, por definición, no presentan carácter permanente alguno. O, por ejemplo, el artículo 1 de la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de subvenciones de la Comunidad de Madrid, tras señalar en el apartado 1 como notas caracterizadoras de la subvención la existencia de una entrega dineraria sin contraprestación directa por el beneficiario [requisito a)], la afectación de la entrega a un fin, propósito, actividad o proyecto específico, existiendo obligación por parte del destinatario de cumplir las obligaciones o requisitos que se hubieren establecido [requisito b)], la obligación de reintegro en caso de incumplimiento de la afectación [requisito c)] y la adecuación de la finalidad del otorgamiento a una utilidad pública o interés social, de inmediato, en el apartado 2, puntualiza que “los desplazamientos patrimoniales a que se refiere el apartado anterior que no cumplan los requisitos b) o c) establecidos, tendrán la consideración de transferencias”. Asimismo, en fin, el artículo 4 de la Ley del Parlamento de las Islas Baleares 5/2002, de 21 de junio, de subvenciones, en el apartado 1 prevé que “esta ley no se aplica a las transferencias hechas a favor de entidades, empresas públicas y consorcios en los que participe cualquiera de las administraciones a las que hace referencia el artículo 3.1 de esta ley, cuando constituyan una simple previsión en los presupuestos de ingresos de éstos como financiación de su actividad”, con lo que quiere significarse que se trata de transferencias no afectadas y, por tanto, no de subvenciones, tal como se definen por el artículo 2.1 de la misma ley.

Así pues, la exclusión, en todos esos casos, queda referida a las transferencias, o si se quiere “subvenciones incondicionadas” o no afectadas, de manera que las subvenciones propiamente dichas sí quedan sujetas a la aplicación del régimen jurídico previsto para ellas, sin perjuicio de que puedan establecerse modulaciones o especialidades.

Que ese es también el alcance que debe darse al artículo 2.2 de la LGS queda reforzado, por otra parte, a la vista de lo dispuesto en la disposición adicional 8.^a de la misma ley, que, ahora sí con coherencia y propiedad, establece la no-aplicación de la LGS, al menos de manera directa, a determinadas subvenciones “interadministrativas”. Su tenor literal es el siguiente:

“Las subvenciones que integran el Programa de cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales se regirán por su normativa específica, resultando de aplicación supletoria las disposiciones de esta ley.”

Pues bien, si el artículo 2.2 de la LGS excluyese de su ámbito de aplicación a cualesquiera subvenciones a favor de administraciones públicas destinadas a financiar globalmente la actividad del ente receptor en el ámbito de sus competencias, es obvio que lo redundan-

te y superfluo –si no contradictorio– sería esta disposición adicional 8.^a. Una disposición que, a partir de la sujeción a la LGS de las que integran el Programa de cooperación económica del Estado a las inversiones locales, determina, sin embargo, que esas subvenciones se rijan por su normativa específica.

3.3. Conclusión

Desde la consideración del ámbito objetivo de aplicación de la LGS, puede ya concluirse que las subvenciones otorgadas por cualesquiera administraciones públicas a favor de otras administraciones, siempre que se trate de efectivas subvenciones, quedan, en principio, sujetas a la aplicación de dicha ley. Y al respecto han de considerarse como tales a todas las aportaciones dinerarias otorgadas afectadamente, es decir, vinculadas al cumplimiento de una determinada actividad, que es lo que justifica precisamente su otorgamiento. Esas subvenciones no pueden considerarse un medio de “financiación global” de la entidad perceptora, sino, a lo sumo, ingresos no estables o coyunturales, que coadyuvan, ciertamente, a la financiación de concretas y determinadas obras y servicios de la competencia del beneficiario, pero que, por su propia naturaleza, no son equiparables a las otras fuentes básicas y permanentes de financiación, las que descansan en los tributos propios y en las participaciones (no afectadas, por tanto) en los tributos del Estado y de las comunidades autónomas.

Téngase en cuenta, a este respecto, que el artículo 142 de la CE establece que “las haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las corporaciones respectivas, y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participaciones en los del Estado y de las comunidades autónomas”. Quiere decirse, pues, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, que las corporaciones locales “tienen garantizada constitucionalmente la suficiencia financiera, en una relación directa de medios a fines, con soporte en los tributos propios y en la posibilidad de participar en los ajenos, estatales y de las respectivas comunidades autónomas” (en este sentido, por ejemplo, STC 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6). Pero es que la misma sentencia añade que, en conexión con el artículo 137 de la CE, cabe concluir que queda consagrada, “[...] además del principio de suficiencia de las haciendas locales, la autonomía en la vertiente del gasto público, entendiendo por tal la capacidad genérica de determinar y ordenar, bajo la propia responsabilidad, los gastos necesarios para el ejercicio de las competencias conferidas. Solamente así, en rigor, asegurando *prima facie* la posibilidad de decidir libremente sobre el destino de los recursos, adquiere pleno sentido la garantía de la suficiencia de ingresos para el desempeño de las funciones que la ley atribuye

a las corporaciones respectivas, según la dicción literal del mencionado artículo 142 de la CE”.

De este modo, la autonomía financiera de las entidades locales en la vertiente del gasto se presenta como manifestación esencial de la autonomía, lo que supone reconocer y garantizar “la plena disponibilidad de los ingresos, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión para poder ejercer competencias propias”, aunque no por ello esa libertad para establecer el plan de ingresos y gastos —en suma, el presupuesto— se establezca con carácter absoluto (entre otras, STC 63/1986, de 21 de mayo, 201/1988, de 27 de octubre, 96/1990, de 24 de mayo, o la ya citada 237/1992, de 15 de diciembre). O, como bien expresa el artículo 9 de la Carta Europea de la Autonomía Local, “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”.

Por todo ello, fácilmente se comprende que las subvenciones en sentido estricto no deben tener un papel destacado en el capítulo de ingresos de las corporaciones locales, ni deben ser, desde luego, el medio normal de financiación para el ejercicio de las competencias, dado que su carácter afectado necesariamente limita la autonomía del gasto. De ahí que, cuando sean admisibles, esas subvenciones no dejen de ser tales y, por eso mismo, a no ser que medie previsión expresa en sentido contrario, necesariamente hayan de quedar sujetas a las previsiones de la LGS.

4. Ámbito subjetivo. En especial, los organismos y entidades de Derecho público y las fundaciones del sector público como otorgantes de subvenciones

Para que una entrega dineraria afectada al cumplimiento de un fin de interés público por el beneficiario de la misma y sin contraprestación a favor del otorgante pueda ser calificada como subvención sujeta a las prescripciones de la LGS, el artículo 3 de dicha ley exige que el otorgamiento lo realice una administración pública, considerando como tal a “la Administración General del Estado”, a “las entidades que integran la Administración local” y a “la Administración de las comunidades autónomas” (artículo 3.1).

Ahora bien, el artículo 3.2 de inmediato añade que también quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la ley las subvenciones otorgadas por las siguientes entidades:

“Deberán asimismo ajustarse a esta ley las subvenciones otorgadas por los organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualesquiera de las administraciones públicas en la medida en que las subvenciones que otorguen sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas.”

Así pues, también son otorgantes de subvenciones los organismos públicos, lo que, incluso, para algún caso concreto, se llega a decir singularizadamente, aunque de manera innecesaria: tal es el caso de la disposición adicional 7.^a, al puntualizar que “a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social que integran el sistema de la Seguridad Social les serán de aplicación las previsiones de esta ley en los mismos términos que a los organismos autónomos”. No obstante, también en algún otro caso, atendiendo al especial estatuto jurídico de la entidad, la LGS ha optado por excluir la aplicación de la LGS: así, la disposición adicional 19.^a establece que “el Banco de España se regirá en la materia objeto de regulación de esta ley por la normativa vigente con anterioridad a su entrada en vigor”, aunque, dada la redacción de la disposición, queda la duda de cuál es esa “normativa vigente”, si la relativa a subvenciones o la específica del Banco de España, sin perjuicio, además, de que tampoco se aclara la consecuencia resultante de que, en su caso, se modifique esa normativa vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la LGS.

Por otra parte, la determinación del efectivo significado y alcance del artículo 3.2 de la LGS requiere tener en cuenta, no obstante, lo que se establece en el apartado siguiente del mismo artículo 3.2:

“Serán de aplicación los principios de gestión contenidos en esta ley y los de información a que se hace referencia en el artículo 20 al resto de las entregas dinerarias sin contraprestación, que realicen los entes del párrafo anterior que se rijan por derecho privado. En todo caso, las aportaciones gratuitas habrán de tener relación con el objeto de la actividad contenido en la norma de creación o en sus estatutos.”

Aunque no es necesario en este momento adentrarse en un análisis detallado de tales previsiones, no estará de más señalar que el Consejo de Estado, en su dictamen al anteproyecto de ley (núm. exp. 1756/2003, de 26 de junio de 2003), ya señaló que, en el caso de las subvenciones otorgadas por los organismos y demás entidades de Derecho público, no consideraba adecuado que se delimitara el ámbito de aplicación de la ley en atención al criterio de que el otorgamiento sea consecuencia del ejercicio de “potestades administrativas”. El razonamiento del Consejo de Estado fue el siguiente [apartado V.B) del dictamen]:

“[...] el criterio que consiste en tomar como punto de referencia el ejercicio de potestades administrativas —dejando fuera del ámbito de aplicación de la Ley de subvenciones aquellas que no sean consecuencia del ejercicio de potestades de dicha naturaleza— resulta indeterminado. La potestad de subvencionar es siempre una potestad administrativa, implica el desarrollo de una actividad administrativa y una disposición de fondos públicos. Más difícil resulta determinar cuándo el otorgamiento de una subvención es consecuencia del

ejercicio de una potestad administrativa o cuándo resultado del ejercicio de facultades de estos entes que no tengan dicha naturaleza.”

A mi juicio, tiene razón el Consejo de Estado en la observación formulada, y más aún cuando concluye con lo siguiente:

“Pero, más allá de esta indeterminación de que adolece el criterio, considera el Consejo de Estado que el ejercicio por los citados entes públicos de la potestad subvencionadora debería estar en todo caso sujeta a la nueva ley, independientemente de si ese ejercicio trae causa del ejercicio de una potestad administrativa o no. El otorgamiento de subvenciones por parte de estos organismos y entes públicos con personalidad jurídica propia supone una disposición de fondos públicos y, en cuanto tal, debe estar sometido a una disciplina legal, pues no existe razón alguna que justifique la exclusión del ámbito de aplicación de la ley a determinadas subvenciones.”

Como es bien sabido, el criterio del ejercicio de potestades administrativas o facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública se toma en consideración por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE), de una parte, para excepcionar la regla de la sujeción de las entidades públicas empresariales al Derecho privado, ya que en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas se rigen por el Derecho administrativo (artículo 53.2), y, de otra, para marcar una diferencia más entre dichas entidades y las sociedades mercantiles estatales, pues éstas segundas “en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública” (disposición adicional 12.^a). Y en el mismo sentido, también el artículo 85.3 de la LBRL, tras la reciente Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, dispone que “en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad”, a lo que debe añadirse la remisión que el nuevo artículo 85 bis efectúa a los artículos 53 a 60 de la LOFAGE en relación con las entidades públicas empresariales locales.

Pues bien, ese criterio es el que ahora adopta la LGS para determinar cuando los entes administrativos de carácter instrumental pueden otorgar subvenciones sujetas a dicha ley, y cuando bastará con que dichas subvenciones (o “resto de las entregas dinerarias sin contraprestación”, tal como dice el párrafo 2.º del artículo 3.2) se ajusten a “los principios de gestión contenidos en esta ley y los de información a que se hace referencia en el artículo 20”. Todo dependerá de que las subvenciones que otorguen los referidos entes (organismos y demás entidades de Derecho público) sean

consecuencia del ejercicio de potestades administrativas o que, por el contrario, no lo sean.

Sin embargo, la distinción resulta artificiosa y carente de justificación, pues viene a admitir que, en unas ocasiones, el otorgamiento de subvenciones es manifestación del ejercicio de una potestad administrativa, mientras que en otros no, y ello aún cuando el ente otorgante de unas y otras sea el mismo. Nada se dice, además, acerca de cuál es, a su vez, el criterio que permite discernir cuando se trata de un supuesto o de otro. Y no se dice porque seguramente no lo hay. Más aún: admitir que el otorgamiento de subvenciones *stricto sensu* no siempre presupone el ejercicio de una potestad administrativa, supone extender la calificación de subvención a lo que, en puridad de términos, con arreglo a las categorías jurídicas conocidas, no pueden ser otra cosa que donaciones. Donaciones que, aun cuando sean modales y conlleven cargas para el donatario, no dejan de tener un fundamento distinto, vinculado al *animus donandi* o a la liberalidad del otorgante inconciliable con la causa legitimadora del otorgamiento de subvenciones. Baste recordar, a este respecto, la vieja regla del artículo 27.1.^a del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, en cuya virtud “serán nulos los acuerdos de subvenciones que obedezcan a mera liberalidad”.

En cualquier caso, tal como se pronuncia la LGS en este particular extremo, todo parece indicar que se ha pretendido dejar abierto un cauce para que las entidades instrumentales no siempre tengan que ajustarse en el otorgamiento de subvenciones al régimen íntegro que para las mismas establece dicha ley.

Esta regulación, que, como más adelante veremos, tiene carácter básico, guarda estrecha relación, asimismo, con lo previsto por la disposición adicional 16.^a de la misma LGS, ahora en relación con las llamadas *fundaciones del sector público*. Esa disposición, además de concretar con el carácter de norma básica qué se entiende por “fundaciones del sector público”, siquiera lo sea a los efectos de la LGS (apartado 2) (un dato, por cierto, que no deja de contrastar con la regulación de dichas fundaciones en los artículos 44 a 46 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, que queda ceñida a las fundaciones del sector público estatal y sin que a la misma, por tanto, se le haya atribuido carácter de legislación básica, no alcanzado, en consecuencia, a las fundaciones privadas de las demás administraciones públicas), establece, en sustancia, idéntica regla a la del artículo 3.2, párrafo 2.º, aunque con una formulación más contundente. Dice así:

“Las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las fundaciones del sector público se regirán por el Derecho privado, si bien serán de aplicación los principios de gestión contenidos en esta ley y los de información a los que se hace referencia en el artículo 20. En

todo caso, las aportaciones gratuitas que realicen habrán de tener relación directa con el objeto de la actividad contenido en la norma de creación o en sus estatutos.”

La situación, por tanto, es la misma para estas fundaciones privadas de iniciativa pública, denominadas *fundaciones del sector público*, que para las entidades con personalidad jurídico-pública cuando otorgan “subvenciones” que no son consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa. En las referidas “entregas dinerarias sin contraprestación” que realicen (obsérvese que el legislador no deja de ser consciente de lo problemático, cuando menos, que resulta denominarlas subvenciones, obviando, en consecuencia, esa calificación), deberán ajustarse a los principios de gestión y de información previstos por la LGS, rigiéndose en todo lo demás por el Derecho privado. Una previsión, por lo demás, que, en cierto modo, ya anticipó la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, aunque más limitadamente y sólo para las fundaciones del sector público estatal. Concretamente, según su artículo 46, “cuando la actividad exclusiva o principal de la fundación sea la disposición dineraria de fondos, sin contraprestación directa de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público estatal”.

Por otra parte, debe advertirse que nada se dice sobre los entes corporativos como posibles otorgantes de subvenciones (de manera relevante, piénsese en las cámaras de comercio, industria y navegación) o, incluso, sobre aquellos entes privados que distribuyen fondos previamente obtenidos en aplicación de determinadas normativas y por delegación en sentido amplio de las propias administraciones públicas o por atribución directa de la ley (recuérdese ahora el fenómeno de las llamadas “cajas o fondos de perecuación”, en vinculación directa con la asunción de obligaciones y cargas para garantizar el servicio universal o como consecuencia del cumplimiento de obligaciones de servicio público, independientemente, de todas formas, de que siempre puedan ser calificadas las correspondientes entregas dinerarias como subvenciones por razón de los demás elementos que las definen: objeto, afectación, no-contraprestación, etc.). Unas precisiones verdaderamente necesarias que, sin embargo, la LGS no realiza y que, en consecuencia, dejan planteada la duda de si a tales supuestos les alcanza o no la aplicación de la ley. Y es que, en estrictos términos, si bien habría que concluir que no son calificables como subvenciones, la realidad es que esa conclusión dista de ser satisfactoria, al dejar en la penumbra la calificación de las entregas dinerarias que realizan tales entes y el propio régimen aplicable a las mismas.

5. El ámbito de aplicación desde la consideración del orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas y su proyección a las entidades locales

Aun tratándose de subvenciones otorgadas por cualesquiera administraciones y demás entidades públicas de ellas dependientes en el ejercicio de potestades administrativas, no por ello necesariamente esas subvenciones se regirán en su integridad por las disposiciones de la LGS. Todo dependerá de cuál sea la Administración otorgante, por cuanto, dado el orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades, no todas sus previsiones son normas básicas y de aplicación directa. Así resulta de lo dispuesto por la disposición final 1.^a de la LGS.

5.1. La disposición final primera de la Ley general de subvenciones

Se acaba de decir que la LGS no es, en su integridad, de aplicación directa a todas las administraciones públicas. Su artículo 3, apartado 3, puntualiza, en efecto, que “los preceptos de esta ley serán de aplicación a la actividad subvencional de las administraciones de las comunidades autónomas, así como a los organismos públicos y las restantes entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas, de acuerdo con lo establecido en la disposición final primera”.

Es cierto que la referida previsión sólo menciona a la “actividad subvencional de las administraciones de las comunidades autónomas”, con lo que, en principio, a las entidades locales les sería de aplicación íntegra la LGS, en los mismos términos, por tanto, que a la Administración General del Estado. La propia disposición final primera así lo confirma, pues, tras especificar en el apartado 1 los preceptos que constituyen legislación básica y que, por ello, son de aplicación directa a todas las administraciones públicas, sin excepción alguna, en su apartado 2, párrafo 1.º, añade que “las restantes disposiciones de esta ley resultarán únicamente de aplicación en el ámbito de la Administración General del Estado, de las entidades que integran la Administración local y de los organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas”. Sin embargo, la conclusión resultante de la lectura de este precepto queda de inmediato corregida si se atiende ahora a lo dispuesto en el párrafo 2.º del mismo apartado 2 de dicha disposición. Su tenor literal es el siguiente:

“No obstante, cuando las comunidades autónomas hubieran asumido competencias en materia de régimen local, la ley se aplicará a las entidades que integran la Administración local en el ámbito territorial de las refe-

ridas comunidades autónomas, de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 de esta disposición.”

No estará de más recordar que esta fundamental y decisiva precisión no figuraba en el proyecto de ley remitido al Congreso de los Diputados, habiéndose introducido en el informe de la ponencia del Senado [BOCG, Senado, de 10 de octubre de 2003, serie II, núm. 156 (e)] como alternativa a la enmienda núm. 73 del grupo parlamentario de Senadores Nationalistas Vascos [BOCG, Senado, de 8 de octubre de 2003, serie II, núm. 156 (d)], en virtud de la cual se proponía la supresión del apartado 2 de la disposición final primera, por cuanto, según la motivación de la enmienda, “[...] el resto de los preceptos de la ley son de aplicación a la Administración del Estado (en su concepto amplio) pero no a las corporaciones locales, puesto que es la normativa de las comunidades autónomas (dejando a salvo la legislación básica en materia de régimen local) la que va delimitando el campo de actuaciones de las entidades locales, tal y como se decanta la Ley de régimen local y la doctrina del Tribunal Constitucional”.

La enmienda como tal no prosperó y el apartado 2 de la disposición final primera se mantuvo en sus términos iniciales, pero logró poner de manifiesto que, en los términos en que se manifestaba, extendiendo la aplicación íntegra de la LGS a las entidades locales, difícilmente podía conciliarse con el orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Se explica así que para corregir esa incompatibilidad, se añadiese ese párrafo 2.º, que, en realidad, viene a determinar idéntica consecuencia jurídica que la pretendida con la enmienda planteada. Y ello por la sencilla razón de que el presupuesto mismo que se establece para que la LGS se aplique a las entidades locales en los mismos términos que a las administraciones autonómicas (por tanto, para que se aplique en los términos del apartado 1, es decir, para que se apliquen únicamente los preceptos que constituyen legislación básica), se cumple en todos los casos, una vez que, sin excepción, todas las comunidades autónomas han asumido competencias en materia de régimen local.

Como es bien notorio, aquellas comunidades autónomas que inicialmente no disponían de competencias en materia de régimen local, tras las reformas estatutarias producidas a partir de 1992 las han asumido como propias, equiparándose de este modo a las que desde el primer momento dispusieron de tales competencias. Por ello, en los actuales momentos, dado que no hay comunidades autónomas que no hayan asumido competencias en materia de régimen local, la única justificación que encuentra ese párrafo 2.º del apartado 2 de la disposición final primera, es el mantenimiento de la indebida mención a las entidades que integran la Administración local en el párrafo 1.º del apartado 2 de la misma disposición final. Hubiera bastado aceptar en

sus propios términos la enmienda antes referida para evitar que a la misma consecuencia que con ella se pretendía se tenga que llegar a través de una excepción (que las comunidades autónomas “hubieran asumido competencias en materia de régimen local”), que, en realidad, no es sino regla general.

Por lo demás, aunque el peculiar estatus de las ciudades de Ceuta y Melilla determina que a ellas sí se les aplique la LGS en su integridad, en los términos resultantes del juego combinado de los apartados 1 y 2, párrafo 1.º, de su disposición final 1.ª, más preciso y correcto habría sido que en el apartado 2, párrafo 1.º, se hubiesen mencionado dichas ciudades en lugar de utilizar la expresión genérica de “las entidades que integran la Administración local”.

5.2. Conclusión: disposiciones básicas de la Ley general de subvenciones, de directa aplicación a las entidades locales, y no básicas, de aplicación supletoria

Con la excepción que acaba de señalarse relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla, a las entidades locales, pertenecan a unas u otras comunidades autónomas, sólo les son de aplicación directa los preceptos de la LGS que constituyen legislación básica. Conviene precisar seguidamente cuáles son esos preceptos, directamente vinculantes para las entidades locales.

La disposición final primera, apartado 1, de la LGS extiende la calificación de legislación básica estatal, dictada al amparo del artículo 149.1.13.ª, 14.ª y 18.ª de la CE, a los siguientes preceptos:

- a) Del título preliminar, son básicos todos los del capítulo I (artículos 1 a 6). Tales preceptos se refieren:
 - al ámbito de aplicación, objetivo y subjetivo de la ley (artículos 1 a 4);
 - a la prelación de normas aplicables a las subvenciones (artículo 5);
 - al régimen jurídico de las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea (artículo 6); y
 - a la responsabilidad financiera derivada de la gestión de dichos fondos (artículo 7).

Son, asimismo, básicos todos los del capítulo II del mismo título preliminar, con algunas excepciones concretas (artículos 8 a 21). Tales preceptos se refieren:

- a los principios generales que deben observarse para el establecimiento de subvenciones (artículo 8);
- a los requisitos que deben observarse para el otorgamiento de las subvenciones (artículo 9), si bien se exceptúa el apartado 4.d), que prevé que para el otorgamiento será precisa “la fiscalización previa de los actos administrativos de contenido económico, en los términos previstos en las leyes”;
- a la condición de beneficiarios de subvenciones (artículo 11) y de entidades colaboradoras (artículo 13), a los requisitos que unos y otras deben reunir (artículo

13), y a las obligaciones de los beneficiarios (artículo 14) y entidades colaboradoras (artículo 15);

—a los convenios de colaboración entre la Administración otorgante y la entidad colaboradora (artículo 16), si bien en este caso se excepcionan el apartado 2, relativo al plazo de vigencia del convenio de colaboración, y las letras d) a l) del apartado 3, que se refieren a diversos aspectos del contenido mínimo que han de tener los convenios de colaboración;

—a las bases reguladoras de la concesión de subvenciones (artículo 17), aunque también en este caso se excepcionan determinados extremos que quedan al margen de lo básico: concretamente, los apartados 1 y 2, sobre aprobación de las bases en el ámbito de la Administración estatal y en el de las corporaciones locales, especificando en este caso que las bases “[...] se deberán aprobar en el marco de las bases de ejecución del presupuesto, a través de una ordenanza general de subvenciones o mediante una ordenanza específica para las distintas modalidades de subvenciones”, así como las letras c), f) y h) a n) del apartado 3, sobre el contenido mínimo de las bases;

—a la publicidad de las subvenciones concedidas (artículo 18);

—a la financiación de las actividades subvencionadas (artículo 19); y

—a la información sobre la gestión de subvenciones (artículo 20).

El grueso del título preliminar queda, por tanto, en el ámbito de la legislación básica estatal. Únicamente quedan al margen, además de las excepciones señaladas, el artículo 10, sobre los órganos competentes para la concesión de subvenciones, y cuyo apartado 4 establece que “la competencia para conceder subvenciones en las corporaciones locales corresponde a los órganos que tengan atribuidas tales funciones en la legislación de régimen local”, y el artículo 21, sobre régimen de garantías que deban constituir los beneficiarios y las entidades colaboradoras.

b) Del título primero es básico el capítulo I (artículo 22, que establece como procedimiento ordinario de otorgamiento de subvenciones el de “concurencia competitiva”, procediendo a su caracterización general, y fija los supuestos en los que podrán concederse subvenciones de forma directa).

Son, asimismo, básicos los artículos 29 a 31 del capítulo IV:

—el artículo 29, relativo a las condiciones y límites que los beneficiarios deben observar en la subcontratación de las actividades subvencionadas;

—el artículo 30, relativo a la justificación del cumplimiento de las condiciones vinculadas a las subvenciones otorgadas y acreditación de los gastos; y

—el artículo 31, que se refiere a los gastos subvencionables.

Por tanto, quedan al margen del círculo de lo básico todos los artículos del capítulo II (artículos 23 a 27), relativos a las distintas fases del procedimiento de otorgamiento en régimen de concurrencia competitiva; el capítulo III (artículo 28), sobre el procedimiento de otorgamiento directo; el capítulo V (artículos 34 y 35), sobre el procedimiento de gestión presupuestaria; y los artículos 32 y 33 del capítulo IV, que se refieren a la comprobación de la justificación del cumplimiento de la afectación de las subvenciones y a la comprobación de los valores de los gastos subvencionados.

c) Del título segundo son únicamente básicos los artículos 36, 37 y 40.1 del capítulo I del título II, relativos, respectivamente:

—el artículo 36, a las causas de nulidad y anulabilidad de los actos de otorgamiento de subvenciones;

—el artículo 37, a las causas de reintegro de las cantidades percibidas; y

—el artículo 40.1, a la cuantía de la obligación de reintegro y su independencia de las sanciones que, en su caso, sean exigibles.

Por tanto, quedan fuera de lo básico los artículos 38, 39 y 40.2 a 5, relativos, respectivamente, a la naturaleza de los créditos a reintegrar, a la prescripción del derecho a reconocer o liquidar el reintegro y a los supuestos de responsabilidad solidaria de la obligación de reintegro, así como todo el capítulo II del título II (artículos 41 a 43), relativo a las reglas a observar en el procedimiento de reintegro.

d) Del título tercero, relativo al control financiero de las subvenciones, son únicamente básicos los artículos 45 y 46:

—el artículo 45, relativo al control financiero de las subvenciones y ayudas financiadas total o parcialmente con cargo a fondos comunitarios; y

—el artículo 46, que establece una serie de obligaciones de colaboración de los beneficiarios, entidades colaboradoras y terceros relacionados con el objeto de la subvención, con los órganos de control de las administraciones otorgantes de las subvenciones.

No son básicas, en consecuencia, todas las demás previsiones del título tercero, relativas al objeto y competencia para el ejercicio del control financiero (artículo 44), a las facultades y deberes del personal controlador (artículo 47 y 48), al procedimiento de control financiero (artículo 49), a la documentación de las actuaciones de control financiero (artículo 50) y a los efectos jurídicos de los informes de control financiero (artículo 51).

e) Del título cuarto son básicos todos los del capítulo I del título IV (artículos 52 a 58), relativos a la tipificación de las infracciones en materia de subvenciones, responsables y concurrencia de actuaciones con el orden jurisdiccional penal.

Son, asimismo, básicos, los artículos 59, 65, y 67 a 69 del capítulo II:

–el artículo 59 fija las clases de sanciones (pecuniarias y no pecuniarias);

–el artículo 65, relativo a la prescripción de infracciones y sanciones;

–el artículo 67, relativo al procedimiento sancionador;

–el artículo 68, sobre la extinción de la responsabilidad derivada de la comisión de infracciones; y

–el artículo 69, sobre los distintos supuestos de responsabilidad (solidaria y subsidiaria) por las sanciones y de responsabilidad en el caso de sociedades disueltas y liquidadas.

Consecuentemente, quedan al margen de lo básico la graduación de las sanciones (artículo 60), las concretas sanciones en función de las infracciones (artículos 61 a 64) y la competencia para la imposición de sanciones (artículo 66).

f) En cuanto a las disposiciones adicionales y transitorias, son básicas la disposición adicional segunda, apartado 1, y la disposición adicional decimosexta:

–la disposición adicional segunda, apartado 1, se refiere a las funciones de la Intervención General de la Administración del Estado, en coordinación con los órganos de control nacional y autonómicos, relativas al control de los fondos estructurales y de cohesión comunitarios; y

–la disposición adicional decimosexta se refiere a las fundaciones del sector público, especificando que se entiende por tales a los efectos de la LGS y estableciendo las reglas a las que habrán de sujetarse en las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen dichas entidades.

Por tanto, no son básicas ninguna de las dos disposiciones transitorias, ni tampoco lo son las restantes disposiciones adicionales. En concreto:

–la DT 1.^a, sobre adaptación de la normativa reguladora de las subvenciones al régimen jurídico establecido por la LGS, y la DT 2.^a, sobre el régimen transitorio de los procedimientos de otorgamiento de subvenciones, de control financiero, reintegro y revisión y del régimen sancionador;

–la DA 2.^a.2, que se refiere al control de la Intervención General de la Administración del Estado sobre beneficiarios de subvenciones concedidas por corporaciones locales, y la DA 2.^a.3, que prevé la suscripción de acuerdos de cooperación en materia de control financiero entre la Intervención General de la Administración del Estado y los órganos de la Comisión Europea;

–la DA 3.^a, relativa al control financiero de las subvenciones concedidas por las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social;

–la DA 4.^a, sobre la colaboración de auditores privados en la realización de controles financieros, especificando su apartado 3 que “la misma colaboración podrán reca-
bar las corporaciones locales para el control financiero

de las subvenciones que concedan, quedando también reservadas a sus propios órganos de control las actuaciones que supongan el ejercicio de las potestades administrativas”;

–la DA 5.^a, que establece el régimen de las ayudas en especie;

–la DA 6.^a, sobre el régimen de los créditos concedidos por la Administración a particulares sin interés, o con interés inferior al de mercado;

–la DA 7.^a, que establece que la LGS será aplicable a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social en los mismos términos que se aplica a los organismos autónomos;

–la DA 8.^a, sobre el régimen de las subvenciones que integran el Programa de cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales;

–la DA 9.^a, sobre la aplicación de la LGS a los incentivos regionales regulados por la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, sobre el plazo para resolver en la gestión de las ayudas del Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras, y sobre la subcontratación de los beneficiarios de ayudas del Plan de consolidación y competitividad de la pequeña y mediana empresa;

–la DA 10.^a, sobre el régimen especial del otorgamiento de premios educativos, culturales, científicos o de cualquier otra naturaleza;

–la DA 11.^a, sobre el procedimiento de reintegro de subvenciones concedidas por el Instituto Nacional de Empleo;

–la DA 12.^a, que, bajo la rúbrica “Planes de aislamiento acústico”, se refiere al régimen de las ayudas que se establezcan en las declaraciones de impacto ambiental;

–la DA 13.^a, que atribuye a los planes y programas relativos a políticas públicas sectoriales la consideración de planes estratégicos, siempre que recojan el contenido que a éstos exige el artículo 8.1 de la LGS;

–la DA 14.^a, que, en relación con las subvenciones otorgadas por corporaciones locales, establece las siguientes reglas:

–los procedimientos de otorgamiento regulados por la LGS se adaptarán reglamentariamente a la organización y funcionamiento de las corporaciones locales;

–el control financiero de las subvenciones locales corresponderá a los órganos o funcionarios que tengan atribuido el control financiero de la gestión económica de la corporación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 194 y siguientes de la Ley reguladora de las haciendas locales; y

–las previsiones del título III sobre el objeto del control financiero, la obligación de colaboración de los beneficiarios, las entidades colaboradoras y los terceros relacionados con el objeto de la subvención o justificación, así como las facultades y deberes del personal controlador, serán de aplicación al control financiero de las subvenciones de las administraciones locales;

–la DA 15.^a, sobre el régimen de justificación, comprobación y control de las subvenciones percibidas por organismos y entes del sector público estatal;

–la DA 17.^a, sobre el control y evaluación por la Intervención General de la Administración del Estado de los resultados derivados de los planes estratégicos del artículo 8 de la LGS;

–la DA 18.^a, sobre el régimen de las subvenciones de cooperación internacional;

–la DA 19.^a, sobre régimen aplicable al Banco de España en la materia objeto de regulación de la LGS;

–la DA 20.^a, que autoriza al Consejo de Ministros para actualizar las cuantías previstas en la LGS, dando audiencia a las comunidades autónomas cuando la actualización afecte a un precepto de carácter básico;

–la DA 21.^a, que puntualiza que la aplicación a la Comunidad Foral de Navarra de lo dispuesto en la LGS se llevará a cabo con respeto a la Ley orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra; y

–la DA 22.^a, en virtud de la cual la aplicación de la LGS a la Comunidad Autónoma del País Vasco se realizará con respeto a lo establecido en su Estatuto de autonomía y en la disposición adicional segunda de la Ley reguladora de las bases del régimen local.

Tampoco se califica como norma básica, en fin, la disposición final segunda, que establece que “las normas que en desarrollo de esta ley apruebe la Administración General del Estado tendrán carácter básico cuando constituyan el complemento necesario respecto a las normas que tengan atribuida tal naturaleza conforme a la disposición final primera”.

Así pues, a modo de resumen, no son de aplicación directa a las comunidades autónomas y entidades locales las previsiones relativas al contenido mínimo de los convenios de colaboración (excepto algunos extremos concretos), a las bases reguladoras de la concesión de subvenciones (también a excepción de algunas cuestiones concretas), a las reglas relativas al procedimiento de concesión (tanto en régimen de concurrencia competitiva, como de concesión directa), al procedimiento de gestión y justificación de las subvenciones, a algunos aspectos del reintegro de subvenciones y al procedimiento de reintegro en su totalidad, al control financiero de las subvenciones (a excepción de las financiadas total o parcialmente con cargo a fondos comunitarios), y a la graduación de las sanciones por infracciones en materia de subvenciones.

Ahora bien, esas disposiciones de la LGS que, por no ser básicas, no son de aplicación directa a las entidades locales, no por ello son insusceptibles de aplicación. Lo que sucede es que serán de aplicación supletoria, tal como resulta, no de la LGS, sino sencillamente de la regla del artículo 149.3 de la Constitución de que “el

Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las comunidades autónomas”.

En relación con esa aplicación supletoria, debe advertirse que no es óbice para que así sea el tenor literal del párrafo 1.º del apartado 1 de la disposición final 1.^a, que, ciertamente, al referirse a la aplicación de las disposiciones no básicas utiliza la expresión “resultarán únicamente de aplicación”. Pudiera pensarse que, al ser únicamente de aplicación a las administraciones y entidades que cita, y debiendo excluirse por las razones dichas de esa aplicación a las entidades locales, ni a éstas, ni a las comunidades autónomas, les serían aplicables.

Sin embargo, aun en el supuesto de que esa hubiera sido la pretensión del legislador, es claro que el legislador no puede desconocer la regla constitucional de que “el Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las comunidades autónomas”. Por eso, no procede interpretar la referida previsión legal como excluyente de la aplicación supletoria, en su caso, de las disposiciones no básicas de la LGS. Primero, porque el término “únicamente” puede entenderse referido a la aplicación directa; y, segundo, porque, aun cuando no fuera así, necesariamente lo impone el principio de la obligada interpretación conforme a la Constitución, so pena, en otro caso, de que el precepto legal incurriese en inconstitucionalidad.

Debe añadirse, por último, que la distinción entre disposiciones básicas y no básicas adoptada por el legislador no ha dejado de ser cuestionada por algunas comunidades autónomas, que han interpuesto recursos de inconstitucionalidad contra un notable número de artículos y disposiciones declarados básicos, por considerar que tal calificación vulnera el orden constitucional de distribución de competencias. Así, el Gobierno de Aragón ha impugnado los artículos 3.4; 5.2; 6.2; 7.2 y 3; 8.1 y 2; 12.1; 13.5 y 7; 14.1.e) y h); 15.1.a) y b); 16.1 y 5; 18.4; 19.5; 22.1; 29.3 y 7.b) y e); 30.5; 31.2 a 8; 37.1.d) y f); 45.2.c); 56; 57.e); 58.d); y 67.2 y 3; y, asimismo, la disposición final 1.^a. Por su parte, aunque más limitadamente, el Parlamento de Cataluña también ha impugnado los siguientes preceptos: artículo 3.4 (la expresión “o básicas”); 6.2; apartados 3 y 5 del artículo 13.4; artículos 29.3; 30.3 y 5; 31.3 a 9; y 45.2.e); apartado 1 de la disposición final 1.^a; y solicita, en fin, una interpretación conforme a la Constitución del artículo 52.

Sin perjuicio del fundamento en que se vengán a sustentar los referidos recursos y de lo que, en su momento, decida el Tribunal Constitucional, no deja de llamar la atención las incoherencias de la ley al calificar como básicas a determinadas previsiones y no extender esa misma calificación a otros que guardan directa y estrecha relación con aquéllos [por ejemplo, las disposiciones adicionales 5.^a y 10.^a (no básicas) en relación con los artículos 2 y 4 (básicos)], o, incluso, a la hora de calificar

como básicas determinadas previsiones que se relacionan con cuestiones que en su legislación específica no han merecido esa calificación [por ejemplo, compárese la disposición adicional 16.^a de la LGS, que con el carácter de norma básica fija el concepto de fundación del sector público –comprensivo, por tanto, de cualesquiera fundaciones, estatales, autonómicas o locales– y establece los principios a los que dichas fundaciones deberán ajustarse en las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen a favor de actividades que guarden relación directa con su objeto de actividad, con la regulación contenida en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, que no califica de básicas a las previsiones relativas a las fundaciones del sector público, limitándolas a las fundaciones del sector público estatal.

Pero lo que interesa más específicamente en este momento es que, en algún caso, como en la disposición adicional 14.^a, se incorporan una serie de previsiones que, no teniendo carácter básico, se refieren específicamente a las entidades locales, lo que, aunque no ha sido objeto de impugnación en los referidos recursos de inconstitucionalidad, no deja de suscitar la duda de su propia constitucionalidad desde la consideración del orden constitucional de distribución de competencias y de la doctrina constitucional sobre la supletoriedad del Derecho estatal.

En efecto, la disposición adicional 14.^a prevé, de una parte, que los procedimientos de otorgamiento de subvenciones regulados por la LGS se adaptarán reglamentariamente a las condiciones de organización y funcionamiento de las corporaciones locales. Por otro lado, añade que la competencia para ejercer el control financiero de las subvenciones otorgadas por las corporaciones locales y los organismos públicos de ellas dependientes corresponderá a los órganos o funcionarios que tengan atribuido el control financiero de la gestión económica de dichas corporaciones a que se refieren los artículos 194 y siguientes de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales (en la actualidad, artículos 168 y siguientes del Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales). Y, por último, dispone que “lo establecido en el título III de esta ley sobre el objeto del control financiero, la obligación de colaboración de los beneficiarios, las entidades colaboradoras y los terceros relacionados con el objeto de la subvención o justificación, así como las facultades y deberes del personal controlador, será de aplicación al control financiero de las subvenciones de las administraciones locales”.

Pues bien, si las referidas previsiones quedan fuera del círculo de lo básico, en cuanto que no son calificadas como tales, y si, como hemos visto, todas las comunidades autónomas han asumido competencias en

materia de régimen local y, por tanto, sólo y únicamente las previsiones de la LGS básicas les son de aplicación directa, para que las restantes les sean de aplicación supletoria por imperativo del artículo 149.3 de la CE (“el Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las comunidades autónomas”) la primera condición es que sean normas competencialmente válidas, dictadas al amparo del correspondiente título competencial del Estado, todo ello de acuerdo con la conocida doctrina de las STC 118/1996, de 27 de junio, y 61/1997, de 20 de marzo.

Es claro, en este sentido, que todas aquellas disposiciones de la LGS no básicas referidas a la Administración General del Estado son normas competencialmente válidas y, con ello, susceptibles de aplicación supletoria a las demás administraciones públicas en la medida en que por su contenido lo puedan ser. Sin embargo, unas previsiones como las de la disposición adicional 14.^a de la LGS, independientemente de su efectivo significado y alcance, al no referirse sino única y exclusivamente a las entidades locales y no contar con título competencial alguno que las ampare –si así fuera habrían sido declaradas básicas, y no dejaría de ser una argucia tratar de fundamentar la existencia de título competencial en el hecho de la peculiar situación de las ciudades de Ceuta y Melilla–, son normas que habrá que considerar dictadas con un mero carácter supletorio; un carácter supletorio que, como nos consta, la jurisprudencia constitucional ha descalificado y rechazado.

En suma, la disposición adicional 14.^a de la LGS, dado su contenido y no haber sido calificada como básica, podría considerarse incurso en un vicio de inconstitucionalidad, por vulneración del orden constitucional de distribución de competencias. Nada obliga, por tanto, a las corporaciones locales –con la ya señalada excepción de Ceuta y Melilla– a adoptar los procedimientos regulados en la LGS a sus condiciones de organización y funcionamiento; y si esa adaptación reglamentaria la realizase el Gobierno de la Nación o la Administración General del Estado, la correspondiente norma reglamentaria incurriría en el mismo vicio de inconstitucionalidad que la disposición adicional habilitante. Y lo mismo cabe afirmar del párrafo 2.º, acerca de los órganos o funcionarios que deben ejercer el control financiero de las subvenciones otorgadas por las corporaciones locales, todo ello sin perjuicio de que justamente esos órganos y funcionarios deban ser los encargados del control si así resulta de lo dispuesto en la Ley de haciendas locales o, en su caso, de lo dispuesto en cualquier otra norma básica estatal.

Por lo demás, la falta de precisión técnico-jurídica de la disposición adicional 14.^a es manifiesta cuando en el párrafo 3.º declara que será de aplicación al control financiero de las subvenciones de las administraciones

locales las previsiones relativas a la obligación de colaboración de los beneficiarios, pues esas previsiones, contenidas en el artículo 46 de la LGS, sí han sido declaradas básicas y, por tanto, directamente aplicables a las corporaciones locales, no porque lo diga la referida disposición adicional, sino en virtud del propio artículo 46 en relación con la disposición final 1.ª.1. Sin embargo, las restantes remisiones de ese mismo párrafo 3.º de la disposición adicional 14.ª a lo dispuesto en el título III de la LGS sobre el control financiero lo son a normas no básicas, por lo que, en la medida en que sean válidas competencialmente, podrán serles de aplicación, si bien supletoriamente, no, una vez más, porque así lo disponga la disposición adicional 14.ª de la LGS, sino por resultar de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal más arriba citada.

Quedan aún por hacer dos observaciones finales.

Las disposiciones adicionales 21.ª y 22.ª, en relación con la Comunidad Foral de Navarra y la Comunidad Autónoma del País Vasco, respectivamente, son de una absoluta indeterminación; una indeterminación que se acrecienta al no especificar la disposición final 1.ª.1 de la LGS la concreta cobertura competencial de cada uno de los preceptos declarados básicos, limitándose a citar conjunta y globalmente, sin especificación ninguna, las competencias resultantes de las cláusulas 13.ª, 14.ª y 18.ª del artículo 149.1 de la CE. Parece, pues, que a las referidas comunidades autónomas y también a las entidades locales de dichas comunidades, no todos los preceptos básicos de la LGS les vincularán y les serán de aplicación directa, pero lo cierto es que la LGS indebidamente omite precisar cuáles son esos preceptos, propiciando con ello esa indeterminación que genera incertidumbre y puede ser causa de conflictos innecesarios.

Por último, la disposición final 2.ª prevé que “las normas que en desarrollo de la ley apruebe la Administración General del Estado también tendrán carácter básico cuando constituyan el complemento necesario respecto a las normas que tengan atribuida tal naturaleza conforme a la disposición final primera”. Se trata, pues, de una habilitación o autorización para el desarrollo reglamentario que no se atribuye estrictamente al Gobierno, sino genéricamente a la Administración General del Estado, lo que aún presenta mayor importancia si se tiene en cuenta que el carácter básico de meras normas reglamentarias no puede ser sino un supuesto muy excepcional, de acuerdo con la doctrina constitucional. Y, por su parte, la disposición adicional 20.ª de la LGS autoriza al Consejo de Ministros para que pueda actualizar, mediante real decreto, las cuantías que se indican en la ley, dando, no obstante, audiencia a las comunidades autónomas cuando la actualización afecte a un precepto de carácter básico.

5.3. La aplicación de la Ley general de subvenciones a las subvenciones instituidas por el Estado en ámbitos materiales que no son de su competencia exclusiva o a las subvenciones en cuya tramitación intervengan órganos de la Administración General del Estado

Fijada en los términos expuestos la eficacia –directa o supletoria– de la LGS, su artículo 3.4 incorpora otra regla complementaria. En virtud de la misma, a las subvenciones instituidas por el Estado y referidas a materias en las que éste ostente competencia plena o básica, se les aplicará íntegramente la ley, aun cuando la gestión de dichas subvenciones –e, incluso, habría que añadir la normativa de desarrollo– corresponda a las comunidades autónomas. El precepto en cuestión dice así:

“Será igualmente aplicable esta ley a las siguientes subvenciones:

“a) Las establecidas en materias cuya regulación plena o básica corresponda al Estado y cuya gestión sea competencia total o parcial de otras administraciones públicas.”

En su literalidad, la previsión determina que en la regulación de la subvención que instituye el Estado para el fomento de una actividad reconducible a una materia en la que únicamente ostenta competencia para establecer la normativa básica, aun cuando las comunidades autónomas podrán dictar las correspondientes normas de desarrollo de esa regulación y proceder a la gestión de las mismas, en todo caso deberán observar lo dispuesto por la LGS. Se yuxtapone así a la distribución de competencias para establecer una regulación general de las subvenciones la distribución de competencias para regular las concretas subvenciones que se prevean en función de los diversos ámbitos materiales en los que vayan a incidir, de manera que, a pesar de que la subvención estatal se refiera a una materia en la que el Estado no ostenta la competencia exclusiva, la LGS será de aplicación íntegra.

Ahora bien, necesariamente debe entenderse que, a lo sumo, la aplicación de la LGS quedará ceñida en tal caso a las disposiciones declaradas básicas, porque, en otro caso, incurriría en inconstitucionalidad por vulneración del orden constitucional de competencias. Se trata de una precisión que debería haberse hecho por el legislador, a fin de evitar cualquier equívoco.

En este sentido, no estará de más recordar que, en la normativa estatal de subvenciones preexistente, el criterio delimitador de su ámbito de aplicación era más restrictivo. El artículo 81.1 de la LGS dispuso, en concreto, que “las normas contenidas en esta sección son de aplicación a las ayudas y subvenciones públicas cuya gestión corresponda en su totalidad a la Administración del Estado o a sus organismos autónomos, sin perjuicio de lo previsto en el número 11 de este mismo artículo” (precepto éste que se limitó a disponer que “en lo rela-

tivo a las subvenciones y ayudas gestionadas por entes territoriales, podrán establecerse, mediante convenio con la Administración del Estado, órganos específicos para el seguimiento y evaluación de aquéllas"). Y, por su parte, el Reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas (Real decreto 225/1993, de 17 de diciembre), extendió su ámbito de aplicación a la concesión de subvenciones "gestionadas en su totalidad por la Administración General del Estado o por las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de aquélla", a "las establecidas en materia de competencia normativa plena del Estado y cuya gestión corresponda total o parcialmente a otras administraciones públicas", y a "las establecidas en materias que no son de competencia normativa plena del Estado y en cuya tramitación intervengan órganos de la Administración General del Estado o de las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de aquélla, en cuanto a las fases del procedimiento que corresponda gestionar a dichos órganos" (artículo 2.1).

Como se habrá observado, la diferencia estriba en que el artículo 3.4 de la LGS amplía su ámbito de aplicación a los supuestos en los que las subvenciones son reconducibles a materias sobre las que la competencia del Estado queda ceñida al establecimiento de las normas básicas o bases de la materia. Pero, por eso mismo, en tales supuestos resulta necesario circunscribir la aplicación de la LGS a las disposiciones que sean básicas, so pena de producirse una extralimitación competencial, aunque con ello, ciertamente, venga a "neutralizarse" la previsión, por cuanto los preceptos básicos de la LGS ya son siempre, y en cualquier caso, de aplicación directa, aun cuando se trate de subvenciones en materias en las que el Estado no ostente competencia alguna.

Por otra parte, el párrafo b) del artículo 3.4 de la LGS dispone que también será de aplicación a las subvenciones "en cuya tramitación intervengan órganos de la Administración General del Estado o de las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de aquélla, junto con otras administraciones, en cuanto a las fases del procedimiento que corresponda gestionar a dichos órganos". Una previsión que, como acabamos de ver, ya figuraba en el artículo 2.1.c) del Reglamento del procedimiento de concesión de subvenciones públicas, sin que, por tanto, en este extremo se haya producido cambio alguno.

5.4. Aplicación de la Ley general de subvenciones a las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea

Cuando las subvenciones otorgadas por cualesquiera de las administraciones y entes públicos referidos en el artículo 3 de la LGS estén financiadas con cargo a fondos

comunitarios, la LGS será de aplicación supletoria. Así lo establece el artículo 6:

"1. Las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea se regirán por las normas comunitarias aplicables en cada caso y por las normas nacionales de desarrollo o transposición de aquéllas.

"2. Los procedimientos de concesión y de control de las subvenciones regulados en esta ley tendrán carácter supletorio respecto de las normas de aplicación directa a las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea."

Las previsiones son claras y no requieren de mayores precisiones. No obstante, vale la pena puntualizar que, en determinados supuestos, ese carácter supletorio de la LGS puede llegar a ser de segundo grado en todas aquellas disposiciones que no sean básicas. Todo dependerá, en efecto, de a quien corresponda el otorgamiento y gestión de tales subvenciones, ya que si, por ejemplo, la competencia corresponde a las comunidades autónomas y éstas se han dotado de una normativa propia dentro del marco previsto por la disposición final 1.^a1 de la LGS, la aplicable supletoriamente deberá ser dicha normativa autonómica y sólo en su defecto lo será la estatal.

6. Análisis específico de la aplicabilidad de la Ley general de subvenciones a la cooperación económica de las diputaciones provinciales a las obras y servicios de los municipios

El artículo 36.1 de la LBRL, de acuerdo con la nueva redacción dada por el artículo 1 de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, establece que corresponden a las diputaciones provinciales como competencias propias las siguientes:

"a) La coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada a que se refiere el apartado a) del número 2 del artículo 31.

"b) La asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión.

"c) La prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal.

"d) La cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás administraciones públicas en este ámbito.

"e) En general, el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia."

La asistencia y la cooperación económica a los municipios se configura como uno de los principales cometidos de las diputaciones provinciales. Puede afirmarse, en efecto, que la cooperación es el núcleo de las com-

petencias provinciales, presentando un carácter esencialmente económico frente a la idea de asistencia, que viene a englobar todas las actividades desprovistas de esa naturaleza económica. Una asistencia y cooperación que, entre otras manifestaciones, se traduce, sobre todo, en el otorgamiento de subvenciones y ayudas económicas a través de los planes provinciales de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal (artículo 30.6 del TRRL). En este sentido, establece el artículo 36.2.a) de la LBRL, lo siguiente:

“A los efectos de lo dispuesto en los párrafos a) y b) del número anterior, la Diputación:

“a) Aprueba anualmente un plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal, en cuya elaboración deben participar los municipios de la provincia. El plan, que deberá contener una memoria justificativa de sus objetivos y de los criterios de distribución de los fondos, criterios que en todo caso han de ser objetivos y equitativos, podrá financiarse con medios propios de la Diputación, las aportaciones municipales y las subvenciones que acuerde la comunidad autónoma y el Estado con cargo a sus respectivos presupuestos. Sin perjuicio de las competencias reconocidas en los estatutos de autonomía y de las anteriormente asumidas y ratificadas por estos, la comunidad autónoma asegura, en su territorio, la coordinación de los diversos planes provinciales de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 de esta ley.

“El Estado y la comunidad autónoma, en su caso, pueden sujetar sus subvenciones a determinados criterios y condiciones en su utilización o empleo.”

No obstante, junto a las subvenciones previstas en los planes provinciales de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal, el artículo 36.2.b), asimismo tras la nueva redacción dada por el artículo 1 de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, prevé que las diputaciones también pueden canalizar subvenciones y ayudas para la realización y el mantenimiento de obras y servicios municipales a través de planes especiales u otros instrumentos específicos. Dice así:

“[La Diputación] asegura el acceso de la población de la provincia al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal y la mayor eficacia y economía en la prestación de éstos mediante cualesquiera fórmulas de asistencia y cooperación municipal.

“Con esta finalidad, las diputaciones podrán otorgar subvenciones y ayudas con cargo a sus fondos propios para la realización y el mantenimiento de obras y servicios municipales que se instrumentarán a través de planes especiales u otros instrumentos específicos.”

Así pues, la cooperación económica se manifiesta en una doble dirección: en el otorgamiento de subvenciones previstas en los planes provinciales e insulares de obras y servicios, o en el otorgamiento de subvenciones previstas en planes especiales u otros instrumentos

específicos. Veamos por separado uno y otro supuestos desde la consideración de la aplicabilidad a los mismos de las disposiciones –básicas y no básicas– de la LGS.

6.1. Subvenciones previstas en los planes provinciales e insulares de obras y servicios y en el Plan único de obras y servicios de Cataluña

Por lo que respecta a las subvenciones previstas en los planes provinciales de obras y servicios, no parece que esas subvenciones puedan calificarse como aportaciones dinerarias de las diputaciones a los municipios y demás entidades locales “destinadas a financiar globalmente la actividad de cada ente en el ámbito propio de sus competencias”. Antes bien, se trata de subvenciones específicamente afectadas a la ejecución de concretas y determinadas obras o servicios que, por ello mismo, como ya se ha justificado antes, no pueden estimarse como aportaciones dinerarias destinadas a financiar globalmente la actividad de los municipios y demás entes locales.

Baste reiterar que si se llegara a considerar que esas subvenciones previstas en los planes provinciales de obras y servicios están destinadas a financiar globalmente la actividad de cada ente en el ámbito propio de sus competencias, ninguna razón habría para no decir lo mismo de cualesquiera otras subvenciones otorgadas por las diputaciones u otras administraciones públicas a favor de los entes municipales y locales, y ello porque todas ellas se otorgan afectadamente al cumplimiento de un determinado objetivo, que es precisamente lo que justifica su otorgamiento. Pero es que, además, si se concluyera que toda subvención a favor de una administración pública viene a financiar globalmente la actividad de dicha administración, en realidad el artículo 2.2 de la LGS habría venido a excluir sin más de su ámbito de aplicación a toda subvención que tuviera por destinatario a una administración pública; algo que queda desmentido por el propio concepto de subvención que la LGS establece a los efectos de concretar su ámbito objetivo de aplicación, en el que la condición de beneficiario de la subvención no queda circunscrito a las personas privadas, sino que alcanza también a las personas jurídico-públicas.

Cuestión distinta es que a esas subvenciones les sean directamente aplicables las previsiones de la LGS. Y es que, como ya también se ha advertido, la propia LGS da un tratamiento específico y singular a las subvenciones que integran el Programa de cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales. Recuérdese lo que establece la disposición adicional 8.^a:

“Las subvenciones que integran el Programa de cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales se registrarán por su normativa específica,

resultando de aplicación supletoria las disposiciones de esta ley.”

La previsión se refiere, ciertamente, a las subvenciones del Estado, sin que llegaran a prosperar las enmiendas formuladas por los grupos parlamentarios Entesa Catalana de Progrés y Socialista, que con toda razón propugnaban que también quedara expresamente fuera del ámbito de aplicación de la LGS la cooperación local realizada por diputaciones provinciales, consejos y cabildos insulares (BOCG, Senado, serie II, núm. 156, de 8 de octubre de 2003, págs. 78 a 80). Pero ninguna duda cabe que esas subvenciones estatales en nada difieren de las subvenciones que las diputaciones provinciales aportan con idéntica finalidad a la cooperación municipal, de manera que tanto las estatales como las provinciales, conjuntamente, se instrumentalizan a través de los planes provinciales e insulares de obras y servicios y, en el caso específico de Cataluña, a través del Plan único de obras y servicios de la Comunidad Autónoma de Cataluña (en adelante, PUOSC). Es evidente, por tanto, que si la LGS sujeta a las subvenciones del Estado destinadas a la cooperación económica en las obras y servicios locales a lo dispuesto en su normativa específica (en la actualidad, Real decreto 835/2003, de 27 de junio, y Orden del Ministerio de Administraciones Públicas 126/2004, de 23 de enero, dictada en desarrollo y aplicación del mismo), también las aportadas por las diputaciones provinciales han de recibir el mismo tratamiento jurídico, rigiéndose, en consecuencia, por la normativa reguladora de dichos planes y sólo, en su caso, supletoriamente por la LGS.

La razón de que así sea es clara, tal como se pone de manifiesto a la vista de la propia regulación de las aportaciones estatales a los planes provinciales e insulares de obras y servicios contenida en el Real decreto 835/2003, de 27 de junio. Esas aportaciones o subvenciones destinadas a la cooperación local se realizan a través de las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares y comunidades autónomas Uniprovinciales no insulares, de acuerdo, a su vez, con lo previsto en la legislación estatal de régimen local. De este modo, la aportación estatal se distribuye territorialmente, por provincias e islas, por el Ministerio de Administraciones Públicas, de acuerdo con una serie de indicadores que serán determinados por dicho ministerio, previo informe de la Comisión Nacional de Administración Local y teniendo en cuenta las necesidades de infraestructura y equipamiento y la capacidad financiera de las haciendas correspondientes, el nivel socioeconómico territorial y la ejecución de los planes precedentes (artículo 5).

Por consiguiente, sin perjuicio de otras reglas en las que ahora no es preciso adentrarse, son las diputaciones provinciales las que aprueban los planes provinciales de cooperación a las obras y servicios de competencia de los municipios y de red viaria local (artículos 36

LBRL y 32 y 33 del TRLRL), teniendo en cuenta la distribución territorial de las subvenciones aprobada por el Ministerio de Administraciones Públicas (artículo 8.1) y necesariamente con la participación de los municipios, y son las mismas diputaciones las que otorgan y gestionan dichas subvenciones. Unos planes financiados por subvenciones estatales, pero también por las propias aportaciones de las diputaciones y comunidades autónomas, y cuya ejecución corresponde a las diputaciones, todo ello de acuerdo con la normativa estatal de carácter local, la específica que, en su caso, hayan dictado o dicten las comunidades autónomas y, en última instancia, de acuerdo con lo dispuesto en los propios planes. La LGS, en consecuencia, queda relegada a un segundo plano, al ser únicamente de aplicación supletoria, de acuerdo con lo dispuesto en la propia ley.

Por lo demás, en la cuestión que nos interesa —la aplicabilidad de la LGS a las subvenciones canalizadas a través de los planes provinciales—, idéntica conclusión hay que mantener en el caso del PUOSC. Una conclusión que, incluso, queda reforzada, a la vista de la propia normativa estatal.

La disposición adicional 2.^a del Real decreto 835/2003, de 27 de junio, establece que, cuando se trata de la cooperación económica del Estado a las inversiones locales incluidas en el PUOSC, la cooperación se realiza a través de la Generalidad de Cataluña y que, sin perjuicio de que las aportaciones estatales al PUOSC se determinarán, en todo, con arreglo a los criterios generales previstos en el artículo 5.2 del mismo Real decreto 835/2003, de 27 de junio, y se territorializarán anualmente en la Ley de presupuestos generales del Estado, librándose el correspondiente crédito a la Generalidad como subvención gestionada, todo ello de acuerdo con el artículo 153 de la LGP, expresamente declara que no serán de aplicación las normas relativas a la elaboración, aprobación y ejecución de los planes provinciales e insulares de cooperación contenidas en los artículos 8 a 15 del real decreto, aunque la Comunidad Autónoma de Cataluña deberá remitir al MAP información sobre el PUOSC una vez aprobado y sobre la encuesta de infraestructura y equipamientos locales relativa a su territorio, a los efectos de la colaboración técnica y económica del MAP en la elaboración y mantenimiento de dicha encuesta.

Así pues, las subvenciones previstas en los planes provinciales e insulares y en el PUOSC, que son otorgadas y gestionadas por las diputaciones provinciales, se rigen por su normativa específica, siendo la LGS únicamente de aplicación supletoria. No otra cosa resulta de lo dispuesto por la disposición adicional 8.^a de dicha ley, que en tal caso se reconoce a sí misma como supletoria, aun cuando cabe reiterar que, en el supuesto de que no lo hubiese reconocido, no por ello hubiera dejado de ser supletoria, dado el alcance ya señalado de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 de la CE.

6.2. Subvenciones previstas en planes especiales u otros instrumentos específicos

Junto a las subvenciones del Estado y de las diputaciones provinciales a través de los planes provinciales y, en el caso de Cataluña, a través del PUOSC, las diputaciones provinciales también pueden prever subvenciones al margen de dichos planes, aunque tales subvenciones tengan, a la postre, idénticos fines de cooperación económica a las inversiones locales (obras y servicios).

Como ya se ha anticipado, además de las subvenciones previstas en los planes provinciales de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal, el artículo 36.2.b) de la LBRL, tras la nueva redacción dada por el artículo 1 de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, prevé ahora que las diputaciones también pueden canalizar subvenciones y ayudas con cargo a sus propios fondos para la realización y el mantenimiento de obras y servicios municipales a través de planes especiales u otros instrumentos específicos. Se ha clarificado de esa forma lo que ya se apuntó, no sin cierta ambigüedad, en la STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 7 y 13, que, en relación con la declaración de constitucionalidad del artículo 1.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 23/1987, de 23 de diciembre, mantuvo que la cooperación económica mediante el PUOSC a la que se refiere dicho precepto es la referida “únicamente” a la financiación de obras y servicios municipales, por lo que las diputaciones pueden arbitrar otras formas de cooperación ajenas a dicho plan, como son las subvenciones y ayudas económicas a favor de los municipios. Por eso, tal como se dijo en el FJ 7 de la misma sentencia, “[...] la sustitución de los planes por el Plan único no anula, ciertamente, el ejercicio de la competencia de cooperación económica (artículo 36.1 de la LBRL), hasta el punto de hacerla desaparecer, toda vez que, como se desprende ya de la sola lectura del artículo 36.2.b) de la LBRL, aquélla no se agota con la aprobación anual de un plan provincial de obras y servicios”.

Aunque interpretativamente, a la luz del señalado pronunciamiento y de otros posteriores del Tribunal Supremo, cabría defender con fundamento que las diputaciones provinciales podían prever y otorgar otras subvenciones al margen de los planes provinciales y, sobre todo, al margen del PUOSC [vid., al respecto, el convincente razonamiento de J. M. Esquerda Roset, “Una interpretación congruente de la Sentencia del Tribunal Constitucional 109/1998 con la autonomía financiera de las diputaciones catalanas”, en el volumen colectivo (coordinador, F. Caamaño), *La autonomía de los entes locales en positivo*, Serie Claves del Gobierno Local, 1, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2003, pág. 189 y ss.], lo cierto es que la adición por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de un párrafo 2.º al artículo 36.2.b) de la LBRL, ha despejado toda duda. Recordemos de nuevo su tenor literal:

“Con esta finalidad, las diputaciones podrán otorgar subvenciones y ayudas con cargo a sus fondos propios para la realización y el mantenimiento de obras y servicios municipales que se instrumentarán a través de planes especiales u otros instrumentos específicos.”

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el establecimiento y otorgamiento de subvenciones al margen de los planes provinciales y del PUOSC es igualmente posible con cargo al Programa de cooperación económica local del Estado, tal como se ha previsto en la nueva regulación adoptada por el Real decreto 835/2003, de 27 de junio, y la Orden del Ministerio de Administraciones Públicas de 23 de enero de 2004, dictada en su desarrollo. Nueva regulación de la cooperación económica que, además de mantener el tradicional objetivo de corregir los desequilibrios intermunicipales en materia de infraestructuras y equipamientos, dotando a los municipios de los servicios locales mínimos y obligatorios, se ha abierto a nuevos proyectos singulares e innovadores en materia de desarrollo local y urbano.

De este modo, establece el artículo 1 del Real decreto 835/2003, de 27 de junio, que “el Programa de cooperación económica local del Estado tiene como objetivos: [...] c) Fomentar el desarrollo local y urbano promovido por las entidades locales a través de la ejecución de proyectos singulares”; y en los artículos 3.3 y 20 a 32 de dicho real decreto, se establecen las condiciones, requisitos y demás aspectos del régimen al que se sujetan esas subvenciones.

Pues bien, la cuestión es si estas subvenciones para el fomento del desarrollo local y urbano, instrumentalizadas a través de planes específicos o de proyectos singulares, con cargo tanto a fondos del Estado como a fondos de las diputaciones provinciales, se rigen directamente por las disposiciones de la LGS. Y la respuesta, al menos en el caso de las subvenciones con cargo a fondos estatales y atendiendo una vez más a lo específicamente previsto por la disposición adicional 8.ª de la LGS, ha de ser negativa, por cuanto dichas subvenciones no dejan de integrarse en el Programa de cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales. De manera que, también aquí, la LGS no será sino de aplicación supletoria, por relación a las lagunas de que pueda adolecer el régimen específico de dichas subvenciones (artículos 20 a 32 del Real decreto 835/2003, de 27 de junio).

Más problemático es, no obstante, que, de acuerdo con la literalidad misma de dicha disposición adicional 8.ª de la LGS, pueda darse idéntica respuesta a las subvenciones que otorguen las diputaciones provinciales con cargo a sus propios fondos. La disposición adicional 8.ª sólo se refiere a la cooperación económica del Estado y, mientras que en el caso de la cooperación a través de los planes provinciales y PUOSC, las subvenciones estatales y provinciales forman un todo, constituyendo la

financiación misma del correspondiente plan, por lo que las provinciales no pueden tener un régimen distinto que el de las estatales, en el supuesto que ahora se analiza unas y otras subvenciones se instrumentalizan diferenciada y separadamente. Por eso mismo, no parece, por razonable que sea el que así se hubiera previsto, que la excepción que incorpora la disposición adicional 8.ª de la LGS alcance formalmente a las subvenciones provinciales.

De todas formas, de inmediato debe señalarse que la regulación específica de las subvenciones estatales a proyectos singulares de desarrollo local y urbano, no se separa sustancialmente de los principios y reglas básicas previstas por la LGS. Por destacar un aspecto relevante, los artículos 25 y 26 del Real decreto 835/2003, de 27 de junio, establecen que la selección de las solicitudes se realizará a través de una comisión de valoración que, presidida por el director general para la Administración Local, elevará propuesta de resolución al secretario de Estado de Organización Territorial del Estado antes del 1 de junio del ejercicio correspondiente. La referida comisión evaluará las solicitudes a la vista de los informes de cada uno de los proyectos y, además, con arreglo a los criterios de selección que enumera el artículo 25, siendo tales criterios la concurrencia de alguna de las circunstancias objetivas previstas en los párrafos a), b), c) y d) del artículo 65 del TRRL, la inclusión del proyecto en un plan estratégico de desarrollo derivado de un proyecto integral de la zona, la contribución de la inversión proyectada a un mayor desarrollo local o urbano y a paliar el desempleo en el territorio afectado, la sostenibilidad económica, social y medioambiental de la inversión a largo plazo y la incorporación de nuevas tecnologías y capacidad de generar una secuencia expansiva del desarrollo de la zona. Así pues, sin perjuicio de que los criterios para la adjudicación pueden ser unos u otros, lo importante es que el otorgamiento de las subvenciones queda procedimentalizado, a través de la valoración conjunta de las solicitudes presentadas por un órgano *ad hoc* específico que formula la correspondiente propuesta de resolución al órgano competente para otorgar o denegar. Una procedimentalización que satisface los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no-discriminación en el acceso a las subvenciones, que lógicamente han de presidir toda actividad subvencional de las administraciones públicas. Todo ello, además, sin cerrar la posibilidad del otorgamiento o concesión directa de tales subvenciones, tal como resulta, por lo demás, de lo establecido en el artículo 28.1 de la propia LGS, que expresamente dispone que “los convenios serán el instrumento habitual para canalizar subvenciones previstas nominativamente en los presupuestos generales del Estado, o en los de las corpora-

ciones locales, sin perjuicio de lo que a este respecto establezca su normativa reguladora”.

El resultado final es que, aun cuando a estas subvenciones estatales sólo les son aplicables supletoriamente las disposiciones de la LGS, la regulación específica adoptada de hecho se ajusta en lo fundamental a los principios vertebradores del régimen jurídico establecido por dicha LGS. Un ajuste, como acabamos de ver, en lo relativo al procedimiento de otorgamiento, pero un ajuste que también se observa en otros aspectos centrales, como, por ejemplo, en la regulación del reintegro de las subvenciones y de las causas determinantes del mismo (artículo 32 del referido Real decreto 835/2003).

Pues bien, parecida solución debe darse al régimen jurídico de las subvenciones provinciales. Las diputaciones provinciales, mediante la correspondiente ordenanza general o específica, pueden establecer la normativa específica reguladora de esas subvenciones que, a favor de las inversiones locales, otorguen al margen de los planes provinciales. Y aunque esa normativa deba observar las normas básicas de la LGS, dado el contenido y alcance de las mismas, no parece que con ello queden restringidas más allá de lo razonable las facultades decisorias de las diputaciones provinciales. Como acabamos de ver, la propia normativa estatal reguladora de similares subvenciones, aun contando con la cobertura expresa de la disposición adicional 8.ª de la LGS, no se ha desvinculado de esas reglas básicas. Y es que éstas, a la postre, a la hora de fijar el específico régimen jurídico aplicable a dichas subvenciones, permiten un margen de decisión y, por tanto, de autonomía, más que suficiente.

7. Conclusiones

El análisis precedente permite llegar a las siguientes conclusiones:

A) En primer lugar, las subvenciones que, en el ámbito de sus respectivas competencias, establezcan y otorguen las entidades locales territoriales (provincias, islas y municipios), deben ajustarse a las disposiciones de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, que, con arreglo a lo previsto en su disposición final 1.ª.1, tengan la condición de legislación básica del Estado. En todo lo demás, dichas entidades locales se regirán por la normativa autonómica que se haya establecido o que, en su caso, se establezca, y por las ordenanzas generales o especiales que ellas mismas aprueben, sin perjuicio de que las restantes disposiciones no básicas de la Ley general de subvenciones sean, en todo caso, de aplicación supletoria.

B) En segundo lugar, las subvenciones que otorguen los organismos y entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de las entidades locales territoriales, seguirán el mismo régimen jurídico aplicable a las

subvenciones otorgadas por las entidades de las que dependen cuando su otorgamiento sea consecuencia del ejercicio de potestades administrativas. En otro caso, bastará con que observen los principios de gestión y de información previstos por la Ley general de subvenciones.

Debe tenerse en cuenta, de todas formas, que la Ley general de subvenciones no precisa cuando las subvenciones son otorgadas en el ejercicio de una potestad administrativa. De ahí que, en principio, dada la naturaleza misma de la subvención y el carácter de fondos públicos de las aportaciones dinerarias en que consisten, sea razonable presuponer que, a no ser que se pruebe lo contrario, su otorgamiento conlleva el ejercicio de una efectiva potestad administrativa, con las consiguientes consecuencias en orden al régimen jurídico aplicable a las mismas que se han señalado.

C) En tercer lugar, aunque resulta conceptualmente dudoso que puedan calificarse como subvenciones, las otorgadas por fundaciones privadas que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de las entidades locales territoriales o de los organismos y entidades Derecho público de ellas dependientes, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades, aunque se regirán por el Derecho privado, deberán observar, no obstante, los principios de gestión y de información contenidos en la Ley general de subvenciones.

D) En cuarto lugar, para que a las entidades locales les sean aplicables las disposiciones de la Ley general de subvenciones en los términos referidos, será preciso que las entregas dinerarias sean calificables como subvenciones, atendiendo para ello a los requisitos definidores de las mismas que establece el artículo 2.1 de dicha ley. Y, entre esos requisitos, además de la no-contraprestación del beneficiario de la entrega, especial relevancia presenta el carácter afectado de la entrega, que vincula al beneficiario en orden a dar cumplimiento destino a lo percibido, de acuerdo con el fin que justifica el otorgamiento de la subvención. Por tanto, sin entrega dineraria afectada no hay subvención a los efectos de la Ley general de subvenciones y, por tanto, dicha ley no será de aplicación.

E) En quinto lugar, las aportaciones dinerarias de las diputaciones provinciales a las inversiones de las entidades locales, como instrumentos de cooperación a los municipios, son calificables como subvenciones a los efectos de la Ley general de subvenciones y como tales sujetas, en principio, a la aplicación de dicha ley en los términos referidos en la primera de estas conclusiones. Y ello en la medida que esas aportaciones no pueden ser conceptuadas como aportaciones dinerarias destinadas a financiar globalmente la actividad de los muni-

cipios y demás entidades locales beneficiarios de las mismas.

De todas formas, como excepción, algunas de esas subvenciones quedan sujetas a un régimen específico y singular. Tal es el caso de las subvenciones previstas en los planes provinciales e insulares de obras y servicios y en el Plan único de obras y servicios de Cataluña, pues estas subvenciones, al concurrir con las que integran el Programa de cooperación económica del Estado para la financiación conjunta de los correspondientes planes de obras y servicios, de acuerdo con la disposición adicional 8.ª de la Ley general de subvenciones, pasan a regirse directa e inmediatamente por su normativa propia y por las previsiones de dichos planes. Por tanto, la referida ley sólo será, en su caso, de aplicación supletoria.

Distinto es el caso de las subvenciones que, con cargo a sus propios fondos, establezcan y otorguen las diputaciones provinciales para la realización y el mantenimiento de obras y servicios municipales a través de planes especiales u otros instrumentos específicos.

Tales subvenciones no pueden desvincularse de las exigencias que con el carácter de normas básicas establece la Ley general de subvenciones, y ello porque la disposición adicional 8.ª de la Ley general de subvenciones se refiere únicamente a las subvenciones estatales, de manera que sólo puede alcanzar a las provinciales cuando su otorgamiento se articula conjuntamente a través de los planes provinciales e insulares y el Plan único de obras y servicios de Cataluña. No sucede así cuando, como ahora sucede, esas subvenciones provinciales se otorgan independientemente de las estatales, a través de planes especiales o de otros instrumentos específicos.

En consecuencia, las diputaciones provinciales, mediante la correspondiente ordenanza general o específica, pueden establecer la normativa específica reguladora de esas subvenciones que, a favor de las inversiones locales, otorguen al margen de los planes provinciales. Y aunque esa normativa deba observar las normas básicas de la Ley general de subvenciones, dado el contenido y alcance de las mismas, no parece que con ello quede restringida más allá de lo razonable las facultades decisorias de las diputaciones provinciales. En este sentido, la propia normativa estatal reguladora de similares subvenciones, aun contando con la cobertura expresa de la disposición adicional 8.ª de la Ley general de subvenciones, no se ha desvinculado de esas reglas básicas. Y es que éstas, a la hora de fijar el específico régimen jurídico aplicable a dichas subvenciones, son lo suficientemente flexibles como para permitir un razonable margen de decisión y de autonomía. ■

Nota sobre la nueva Ley general de subvenciones

1. Fuentes del derecho de subvenciones.

1.1. Sistema de fuentes en la normativa estatal. 1.1.1. Ley 38/2003. 1.1.1.1. Justificación. 1.1.1.2. Fines. 1.1.1.3. Ámbito subjetivo. 1.1.2. Reglamento. 1.1.3. Normas reguladoras de las bases. 1.1.4. Las restantes normas de derecho administrativo, en especial la Ley 30/1992 y legislación sobre contratos públicos. 1.1.5. Normas de Derecho privado. 1.1.6. Instrumentos de aplicación de la LGS. 1.1.6.1. Plan estratégico de subvenciones. 1.1.6.2. Convocatoria. 1.2. Normativa autonómica. 1.2.1. Competencia del Estado: título competencial y preceptos que gozan de carácter de norma básica. 1.2.2. Normas autonómicas. 1.3. Cuadro de la normativa de régimen local de subvenciones. 1.3.1. Sistema de fuentes. 1.3.1.1. Normas estatales y autonómicas. 1.3.1.2. Ordenanzas municipales. 1.3.1.3. Convenios. 1.3.2. Otras normas que regulan la materia. 1.4. Régimen de ayudas comunitarias.

2. Concepto legal de subvención y su naturaleza en la LGS.

2.1. Qué es subvención. 2.2. Qué no es subvención. 2.3. Naturaleza. 2.3.1. Transmisión o desplazamiento dinerario (artículo 2.1). 2.3.2. Ausencia de contraprestación [artículo 2.1.a)]. 2.3.3. Afectación a un fin público [artículo 2.1.c)].

3. Régimen jurídico de las subvenciones en el ámbito local.

3.1. Diferentes formas de intervenir las Administración en el régimen de las subvenciones. 3.1.1. Como Administración subvencionante. 3.1.2. Como Administración beneficiaria. 3.1.3. Como Administración colaboradora. 3.2. Algunos aspectos concretos del régimen de subvenciones locales. 3.2.1. Discrecionalidad, concurrencia competitiva, aspectos reglados. 3.2.2. Motivación. 3.2.3. Publicidad. 3.2.4. Revocación y reintegro. 3.2.4.1. Causas generales de invalidez de la resolución otorgando la subvención. 3.2.4.2. Reintegro-sanción. 3.2.5. Caducidad del expediente de reintegro y prescripción.

José Luis Requero

*Magistrado y vocal del Consejo General
del Poder Judicial*

1. Fuentes del derecho de subvenciones

La subvención como modalidad de la acción de fomento tiene su expreso régimen jurídico en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (en adelante, LGS). En la exposición de motivos dice que “desde la perspectiva administrativa, las subvenciones son una técnica de fomento de determinados comportamientos considerados de interés general e incluso un procedimiento de colaboración entre la Administración pública y los particulares para la gestión de actividades de interés público” (§ I), idea esta que se corresponde con el concepto legal de subvención. Así en el artículo 2.1.c) de la LGS, tras definir la subvención, añade cuáles son los elementos integrantes de esta técnica de fomento, uno de los cuales es que “el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública”.

1.1. Sistema de fuentes en la normativa estatal

De la LGS se deduce un cuadro de fuentes del régimen legal de las subvenciones a partir del artículo 5.1 atendiendo al siguiente orden de prelación:

- La LGS y sus disposiciones de desarrollo y aplicación.
- Las restantes normas de Derecho administrativo.
- Las normas de Derecho privado.

1.1.1. Ley 38/2003

Con la LGS se ha derogado la anterior regulación de la Ley general presupuestaria, texto refundido aprobado por el Real decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre (en adelante LGP), en lo que a esta materia se refiere (artículos 81 y 82), si bien esta norma ha sido derogada (con excepción de los preceptos a los que alude la disposición derogatoria única,¹) por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, que constituye la nueva Ley general presupuestaria. Aun así la nueva LGP sigue conteniendo una regulación puntual de las subvenciones en cuanto a su inserción en la disciplina presupuestaria, pero no el régimen jurídico de las mismas tal y como señala su artículo 4.2.f) que para la Administración del Estado señala que el régimen económico y financiero del sector público estatal se regirá por la LGP y en materia de subvenciones, por la normativa específica.

A su vez, la LGS rige para el ámbito objetivo deducible del artículo 2 y no, por tanto, para aquellas otras formas de ayudas que se relacionan en el artículo 2, 3 y 4 ni para las expresamente denominadas subvenciones del artículo 4.

Por otra parte, goza de carácter básico (disposición final primera) y, según el artículo 6. 2, es norma supletoria en cuanto a la regulación de los procedimientos de concesión y de control respecto de las normas de apli-

cación directa a las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea.

1.1.1.1. Justificación

Dos son las razones que han llevado a la aprobación de la LGS. De un lado la necesidad de dotar a esta materia de una fuente normativa, con rango de ley, que procure un tratamiento único a las subvenciones, evitando la regulación dispar y la existencia de lagunas. Como dice la exposición de motivos, antes de la referida ley como normativa básica estaba la LGP (artículos 81 y 82) y la necesidad de una sola norma completa fue reclamada por el Tribunal de Cuentas y un creciente sector de la doctrina.

Pero junto a este motivo de clarificación del panorama de las fuentes legales en esta materia, concurre otra razón no menos poderosa y vital, que es la necesidad de garantizar un mayor rigor en la regulación y gestión de este apartado del gasto público. De nuevo la exposición de motivos centra la cuestión al decir que “las subvenciones son una modalidad importante de gasto público y, por tanto, deben ajustarse a las directrices de la política presupuestaria. La política presupuestaria actual está orientada por los criterios de estabilidad y crecimiento económico pactados por los países de la Unión Europea, que, además, en España han encontrado expresión normativa en las leyes de estabilidad presupuestaria. Esta orientación de la política presupuestaria ha seguido un proceso de consolidación de las cuentas públicas hasta la eliminación del déficit público y se propone mantener, en lo sucesivo, el equilibrio presupuestario”.

En efecto, tras la promulgación de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, y la Ley orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, España fija como objetivo de su política presupuestaria la efectiva incorporación del principio de estabilidad, lo que lógicamente alcanza a las subvenciones pues, como vuelve a decir la Exposición de motivos de la LGS “la austeridad en el gasto corriente, la mejor selección de las políticas públicas poniendo el énfasis en las prioridades de gasto, así como el incremento del control y de la evaluación, han reducido paulatinamente las necesidades de financiación del sector público y han ampliado las posibilidades financieras del sector privado, con efectos dinamizadores sobre la actividad, el crecimiento y desarrollo económico, y sobre la creación de empleo”. De esta forma las subvenciones no pueden escapar de esos objetivos como parte del gasto de las administraciones públicas.

1.1.1.2. Fines

Partiendo de estos objetivos, la LGS fija los siguientes fines:

1.º. Los ya vistos y que justifican la ley, que es incardinar la política de subvenciones dentro del principio de

estabilidad presupuestaria. Se parte de la idea de que las subvenciones son una parte importante de la actividad financiera del sector público y, por tanto, constituyen una modalidad importante de gasto público.

2.º. Como consecuencia de lo anterior y desde el criterio de unidad, se fija como ámbito subjetivo de aplicación de la ley las administraciones territoriales y a los organismos públicos dependientes de cada una de ellas (artículo 3), a la par que se regula el régimen de las subvenciones con cargo a fondos europeos.

3.º. Se determina qué es a los efectos de la ley subvención y, ligado a esta cuestión, cual es el régimen de fuentes.

4.º. Incorpora el principio de transparencia lo que se plasma no sólo, y como cuestión de detalle, en el forma de hacer la convocatoria pública de las distintas subvenciones, sino ante todo y como idea estructural, en dar a conocer la existencia de una política de subvenciones y dar a conocer las concedidas. Cobra así sentido que en el ámbito de cada Administración subvencionante se apruebe el llamado plan estratégico de subvenciones.

5.º. Establece las bases para compatibilizar la política de subvenciones con el respeto a las reglas del mercado, para evitar efectos distorsionantes en materia de competencia.

6.º. Establece instrumentos control en todo el procedimiento subvencional. Esta idea de control se plasma no sólo en la regulación del régimen jurídico de los beneficiarios y colaboradores, sino en el procedimiento de convocatoria, otorgamiento –regula los diversos tipos de procedimientos– más en la fase de gestión, lo relativo a la justificación de gastos subvencionables, reintegro, control financiero y régimen sancionador.

1.1.1.3. Ámbito subjetivo

Sin perjuicio de lo que luego se dirá respecto del carácter básico de la LGS y del régimen aplicable respecto de la Administración local, la LGS es el marco normativo general al que se somete esta modalidad de acción de fomento. Ahora bien, en cuanto a los organismos públicos dependientes de cada Administración territorial, el panorama normativo es el siguiente según el artículo 3.2 y 3:

–Se someten a la LGS las subvenciones otorgadas por esos organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, en cuanto ejerzan potestades administrativas.

–Se aplican los principios que informan la gestión (capítulo IV y V del título I) y la información (artículo 20) a las entregas dinerarias sin contraprestación, que realizan esos organismos y que se rijan por derecho privado.

–En cuanto a las fundaciones públicas –que son las reseñadas en la disposición adicional 16.2– el párrafo 1 de la misma prevé que a lo que denomina “entregas dinerarias sin contraprestación” les se será aplicable

como criterios de prelación, ante todo, las normas de derecho privado y, en todo caso, las previsiones de la LGS en cuanto a los principios de gestión y de información, debiendo tener en todo caso esas aportaciones relación directa con el objeto de la actividad previsto en la norma de creación o en sus estatutos.

1.1.2. Reglamento

Del artículo 5.1 cabría deducir que las subvenciones se rigen en segundo lugar por las normas de desarrollo que se dicten, si bien en puridad los reglamentos más que normas de segundo grado, son normas de desarrollo que completan a la ley. En este sentido son numerosas las materias que la LGS deja a un ulterior desarrollo reglamentario y que deberá efectuarse como máximo antes del 18 de febrero de 2005 (disposición final tercera). En tanto se hace ese desarrollo hay que entender que serán aplicables los hasta ahora existentes si bien, esto es obvio, se derogan en todo aquello que contradigan a la LGS (disposición derogatoria única 2). Igualmente se derogan aquellas otras normas de igual o inferior rango que se opongan a la nueva ley.

No especifica la LGS cuántos reglamentos deberán dictarse pero de la citada Disposición Final se deduce que habrá un reglamento general que englobará todas aquellas materias dejadas a ulterior desarrollo reglamentario como es el régimen sancionador previsto en el artículo 64 y quizá el que regule las especialidades para la Administración local (cf. disposición adicional 14.1). Sí que será objeto no de ese reglamento general sino de una norma específica y puntual, el régimen que regule las subvenciones de concesión directa del artículo 22.2.) tal y como se deduce del artículo 28.2 y 3.

Por lo que se refiere a las concretas materias que serán objeto de desarrollo reglamentario, aparte de las ya citadas de la LGS se deducen las siguientes:

–El régimen de comunicación a la Comisión Europea de los proyectos para el establecimiento, concesión o modificación de una subvención a los efectos de que se declare su compatibilidad con el mercado común (artículo 9.1).

–El régimen de sometimiento por parte de los que deseen ser beneficiarios de los requisitos de estar al día en el cumplimiento de obligaciones fiscales y ante la Seguridad Social así como del requisito de no estar pendiente de pago por reintegro de subvenciones [artículo 13.2.e) y g)] así como de su acreditación [artículo 14.1.e)].

–El procedimiento para regular el alcance de la prohibición que para ser beneficiario prevén los apartados a) y b) del artículo 13. 2, esto es, haber sido condenadas en sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declarado insolvente en cualquier procedimiento, hallarse decla-

rado en concurso, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la ley concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso (artículo 13.5)

–El régimen de la publicidad de las subvenciones concedidas, tanto en lo que depende de la Administración subvencionante (artículo 18.1) como por el beneficiario (artículo 18.4).

–Las garantías que los beneficiarios o las entidades colaboradoras tengan que prestar así como los medios de constitución, depósito y cancelación (artículo 21).

–Dentro del régimen de justificación, la documentación del cumplimiento de las condiciones impuestas y de la consecución de objetivos (artículo 30.1 y 3).

–El nombramiento de peritos para la comprobación de valores (artículo 33.4).

–El desarrollo del procedimiento de control financiero (artículos 49 y 50.1).

–En general, todo el régimen de cumplimiento de obligaciones formales impuestas por la LGS tanto a beneficiarios (cf. artículo 14) como a las entidades colaboradoras (artículo 15), en cuanto que su incumplimiento puede dar lugar a incurrir en infracciones administrativas [cf. artículo 56.c)].

–El régimen de las subvenciones del artículo 22. 2. c) en relación con el artículo 28.2 y 3, es decir, aquellas que por razones de interés público, social, económico o humanitario u otras que dificulten su convocatoria en régimen de concurrencia competitiva, deban ser objeto de concesión directa.

1.1.3. Normas reguladoras de las bases

Junto a la ley y al reglamento o reglamentos se prevé un marco jurídico propio al que deben someterse las subvenciones, si bien en ese cuadro sólo uno de esos instrumentos –las normas reguladoras de las bases– goza de un estricto carácter normativo.

Las subvenciones deben ser, con carácter general, objeto de convocatoria pública. Se dice que con carácter general pues la idea de convocatoria lleva necesariamente a la idea general de que las subvenciones se otorgan con arreglo al régimen de convocatoria pública que satisfaga el principio de básico de concurrencia competitiva. Como excepción a esta regla están las subvenciones susceptibles de concesión directa y que son las relacionadas en el artículo 22.2, una de cuyas modalidades –la del apartado c)– será objeto, como se ha dicho ya, de una normativa especial [artículos 22.2.c) en relación con el artículo 28.2]. Pues bien, del artículo 9.2 y 3 se desprende que toda subvención debe ser objeto de una convocatoria y cada convocatoria debe ir precedida de las normas que regulen las bases reguladoras.

El contenido de las normas reguladoras de las bases figura en el artículo 17 del que se deduce el carácter

normativo, deben ser publicadas en los diarios oficiales, se aprueban en el ámbito de la Administración del estado mediante orden ministerial y su contenido mínimo es el del apartado 3 del artículo 17. Ese carácter normativo se desprende no sólo del artículo antes citado, sino también de la llamada que hace el artículo 23.2.a) a la disposición que fije las normas que sirven de cobertura a cada convocatoria.

Como modalidad de normas reguladoras de las bases puede citarse a los convenios del artículo 5.2, según el cual “las subvenciones que se otorguen por consorcios, mancomunidades u otras personificaciones públicas creadas por varias administraciones públicas u organismos o entes dependientes de ellas y las subvenciones que deriven de convenios formalizados entre éstas se regularán de acuerdo con lo establecido en el instrumento jurídico de creación o en el propio convenio que, en todo caso, deberán ajustarse a las disposiciones contenidas en esta ley”. Hay que deducir que habrá una ulterior convocatoria, luego tales convenios tienen un carácter y una vocación general y normativa.

1.1.4. Las restantes normas de derecho administrativo, en especial la Ley 30/1992 y legislación sobre contratos públicos

Por tales habrá que entender todas aquellas normas que pueden invocarse de forma supletoria para el caso en que todo el entramado normativo no integre el supuesto objeto de interpretación. Se alude así a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común así como a la legislación sobre contratación de las administraciones públicas.

En cuanto a la Ley 30/1992, son numerosas las remisiones que a la misma hace la propia LGS en materia de convenios interadministrativos, causas de nulidad y anulabilidad, resolución, motivación, etcétera.

En cuanto a la normativa sobre contratos públicos, hay que tener en cuenta que la naturaleza de la subvención se configura jurídicamente como una entrega dineraria sin contraprestación, lo que ha hecho que tradicionalmente se acuda a la donación para explicar el negocio subvencional, así lo ha venido conceptuando la jurisprudencia, eso sí, acompañándola del elemento accidental del modo. Sin embargo, las exorbitancias propias del Derecho administrativo hacen que ese revestimiento estrictamente jurídico privado devenga escaso a la hora de entender el alcance de tal negocio jurídico pues la idea básica liberalidad plasmada en el empobrecimiento del donante y enriquecimiento del donatario no se ajusta a la naturaleza jurídico-administrativa de la subvención como instrumento de fomento.

De esta manera en el ámbito civil el artículo 609 del Código civil tiene a la donación como un modo de adquirir el dominio, si bien su conceptualización contrac-

tual tiene base en lo previsto en el artículo 621. Sin embargo, en el Derecho administrativo la subvención se configura sobre una base contractual –por ejemplo, puede ser objeto de subcontratación (artículo 29)– pero, eso sí, propia, de ahí que pueda tenerse como un contrato administrativo por el cual la Administración subvencionante acuerda una transmisión dineraria, sin contraprestación, a favor de un beneficiario que asume la obligación de realizar una actividad de utilidad pública o interés social o la promoción de una finalidad pública (cfr. artículo 2.1 de la LGS).

Por lo tanto, no se trata de una entrega dineraria basada en la pura liberalidad, ni tan sólo es una donación modal aun cuando se acerque a esa figura desde la imposición de una serie de obligaciones al beneficiario (cfr. artículo 14 de la LGS). Estamos ante una forma de financiar y ejecutar la consecución de objetivos públicos por gozar de las características del citado artículo 2.1, luego ante un contrato de financiación de iniciativas privadas que acuden al llamamiento hecho por las administraciones –planes estratégicos de subvenciones–, todo con la finalidad de satisfacer un interés público relevante y, por tanto, digno de financiar.

Esta llamada a la aplicación supletoria de la normativa sobre contratación pública cobra sentido, por ejemplo, en cuanto a la existencia de una convocatoria pública, el sometimiento de la misma a unas bases, la necesidad de satisfacer unos principios comunes a la contratación pública como son los de publicidad o transparencia, objetividad, eficiencia, la exigencia de garantías, la previsión de requisitos para ser beneficiario o de causas que prohíben serlo, la idea concursal en el régimen de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, etc. Así expresamente lo apunta la exposición de motivos al señalar que se toma “como referencia la Ley de contratos de las administraciones públicas” (cfr. § II) especialmente si la entidad colaboradora es de índole privada (cfr. artículo 16.5) o para el caso del artículo 13.6. Al abordar la naturaleza jurídica de la subvención se volverá sobre esta cuestión.

1.1.5. Normas de Derecho privado

Las normas de derecho privado constituyen el último grado en el orden de prelación de fuentes deducible de la LGS, para lo que hay que diferenciar dos supuestos.

De un lado la aplicación de esta regla de supletoriedad del derecho privado para las administraciones territoriales así como a los organismos y entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia en tanto ejerciten potestades administrativas (artículo 3.2). Esta regla última es coincidente con la prevista para la contratación pública en el artículo 7.1 de la Ley de contratos de las administraciones públicas.

De otro está el caso de organismos o entidades dotadas de personalidad jurídica propia, en cuyo caso es de

aplicación la LGS y su normativa de desarrollo en lo que hace a los principios de su actividad subvencional (artículo 8.3) así como el requisito de información del artículo 20. Igual regla se aplica en cuanto a las fundaciones públicas, a tenor de la disposición adicional decimosexta.

1.1.6. Instrumentos de aplicación de la LGS

Por tales hay que englobar aquellos que sin carácter propiamente normativo, son necesarios en la aplicación del régimen subvencional; es el caso del plan estratégico de subvenciones, las bases de las convocatorias y los diferentes tipos de convenios.

1.1.6.1. Plan estratégico de subvenciones

El plan estratégico de subvenciones es una de las novedades de la LGS y se configura como un instrumento global de planificación de la política de subvenciones en cuanto instrumentos que financian las demandas sociales y económicas de personas y entidades públicas o privadas que se entienden deben ser objeto de fomento y ayuda.

Del artículo 8.1 no se desprende que tales planes gocen de naturaleza normativa, más bien constituyen instrumentos de planificación de esta área del gasto público, y cabe deducir que sólo se otorgarán subvenciones respecto de aquellas materias, áreas o actividades que figuren en el respectivo plan. Probablemente deberá ser objeto de desarrollo reglamentario para determinar aspectos elementales como, por ejemplo, plazo de vigencia, si debe ser un plan general o sectorial, publicidad, si caben subvenciones otorgables al margen del plan, etc. No obstante algunas de estas cuestiones parece que tienen respuesta si se conjuga la exposición de motivos con el artículo 8.1, de los que cabe deducir:

–Que se habla en singular de plan, lo que abona la idea de que por cada Administración territorial se aprobará un plan, si bien ya en la propia ley se da entrada a planes sectoriales como ocurre en la disposición adicional decimotercera según la cual “los planes y programas relativos a políticas públicas sectoriales que estén previstos en normas legales o reglamentarias, tendrán la consideración de planes estratégicos de subvenciones de los regulados en el apartado 1 del artículo 8 de esta ley, siempre que recojan el contenido previsto en el citado apartado”.

–Su objetivo es conectar los objetivos y efectos que se pretenden conseguir con cada subvención con los costes previsibles y sus fuentes de financiación.

–Tiene siempre carácter previo y un ámbito temporal plurianual, lo que es coherente con el carácter plurianual del objetivo de estabilidad presupuestaria (cfr. artículo 4 de la Ley 18/2001) pues éste es el objetivo que se pretende satisfacer con dicho instrumento de disciplina presupuestaria.

Otros planes que regula la LGS y que no deben confundirse con los del artículo 8.1 son los planes anuales de control que deberá elaborar la Agencia Estatal de Administración Tributaria a los que alude el artículo 45; los de auditorías que para el control financiero de las subvenciones apruebe anualmente la Intervención General de la Administración del Estado y el Plan anual de control del FEOGA-Garantía que debe elaborar también la Intervención (disposición adicional segunda).

1.1.6.2. Convocatoria

Cada subvención debe ser objeto de una convocatoria, lo que se hace mediante una resolución o acto con el que se inicia el procedimiento de concesión, luego como todo acto de tal índole carece de naturaleza normativa sin perjuicio de que, como es usual, se diga que toda convocatoria constituye la “ley” para los concurrentes a la misma. El contenido necesario o mínimo de la convocatoria es el que prevé el artículo 23.2.

1.1.6.3. Convenios de colaboración y de concesión directa

El empleo de la técnica convencional es de diferente índole y alcance en la LGS. Como se ha visto, los convenios del artículo 5.2 gozan de un carácter normativo y junto a estos hay que citar a los convenios entre la Administración subvencionante y las entidades colaboradoras. Tienen tal consideración las que se regulan en el artículo 12 y pueden tener una triple función: actuar en nombre y por cuenta del órgano concedente, entregando y distribuyendo la subvención al beneficiario si es que así se ha establecido en las bases reguladoras, o bien colabora en la gestión de la subvención sin que se produzca la previa entrega y distribución de los fondos recibidos. Por último, también serán colaboradoras los que sean beneficiarios conforme a la normativa comunitaria y tengan encomendadas, exclusivamente, las funciones antes enumeradas.

En lo que ahora interesa, del artículo 15.1.a) se deduce y en el artículo 16 se regula el convenio entre la Administración concedente y la entidad colaboradora cuyo objeto es regular (artículo 16.1) las condiciones y obligaciones asumidas por la entidad.

Por su parte los convenios de concesión directa están previstos en el artículo 28.1 y como señala el artículo 28.1.2, en el caso de que estemos ante subvenciones de concesión directa, será el convenio el modo habitual para prever las concesiones a las que se refiere el artículo 22.2.

1.2. Normativa autonómica

1.2.1. Competencia del Estado: título competencial y preceptos que gozan de carácter de norma básica

La LGS nace con vocación uniformadora, de hay que en la exposición de motivos diga que “el interés público

demanda un tratamiento homogéneo de la relación jurídica subvencional en las diferentes administraciones públicas”. A partir de tal declaración son títulos que en los que justifica la competencia del legislativo nacional para regular esta materia con alcance a todas las administraciones territoriales –estatal, regional, provincial y local (cfr. artículo 3)– el artículo 149.1.13, 14 y 18 (cfr. disposición final primera 1), esto es, la regulación de las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (13), la hacienda general y deuda del Estado (14) y las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (18), título este último que es el que sólo se razona en la exposición de motivos, en especial en lo atinente el régimen de infracciones, sanciones y procedimiento sancionador.

En el debate parlamentario las minorías nacionalistas de opusieron al proyecto de ley sobre la base de una confusión entre lo que es el reparto competencial Estado-comunidades autónomas a propósito de concretas iniciativas subvencionales –en la medida en que inciden sobre la materia objeto de subvención– con lo que es la finalidad de la LGS, esto es, fijar un régimen básico, general, de subvenciones. En este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional ha sostenido que la subvención no es un concepto que delimite competencias (cfr. STC 39/1982, 179/1985, 13/1992, 98/2001 y 126/2002) y que no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado o, lo que es lo mismo, que el Estado no dispone de un poder general para subvenciones (gasto público), entendido como poder libre o desvinculado del orden competencial. Toda esta doctrina, repetimos, se dicta a propósito de conflictos de competencia Estado-comunidades autónomas en los que se plantea la invasión mediante el ejercicio de la potestad subvencional, de concretas materias amparadas por títulos competenciales autonómicos, caso diferente de la LGS.

De esta manera la invocación como títulos competenciales de los apartados 13 y 14 guarda coherencia con la disposición final segunda de la Ley 18/2001, de estabilidad presupuestaria y cobra sentido en la propia lógica de la LGS pues, como se ha dicho ya, se dicta ante todo para que desde el ejercicio de la acción de fomento y de la disposición dineraria que implica toda subvención, se respete este nuevo principio presupuestario. No obstante, como se sabe, la Ley 18/2001 y la Ley orgánica 5/2001, de 13 diciembre, fueron recurridas ante el Tribunal Constitucional. De esta forma la invocación del apartado 14 del artículo 149.1 se relaciona con la potestad normativa para regular el régimen jurídico del poder financiero de las administraciones territoriales

Al margen de tal cuestión, son normas básicas de la LGS más de las disposiciones reglamentarias que se dic-

ten sobre estos concretos extremos (cfr. disposición final segunda), las siguientes:

–La definición del ámbito de aplicación de la ley, es decir, qué es y qué no es subvención (capítulo I del título preliminar).

–Las disposiciones comunes que definen los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídica subvencional, en concreto régimen jurídico de los beneficiarios y entidades colaboradoras, bases reguladoras de las concesiones menos algunos aspectos del mínimo de esas bases, el principio de publicidad, financiación e información (es decir, todo el capítulo II del título preliminar a excepción el párrafo d) del apartado 4 del artículo 9; el artículo 10; el apartado 2 y los párrafos d), e), f), g), h), i), j), k) y l) del apartado 3 del artículo 16; los apartados 1, 2, y los párrafos c), f), h), i), j), k), l), m) y n) del apartado 3 del artículo 17 y el artículo 21.

–Las reglas generales sobre procedimientos de concesión y las normas de gestión y justificación de las subvenciones (del título I, los capítulos I y IV, excepto los artículos 32 y 33).

–La invalidez de la resolución de concesión así como (los artículos 36, 37 y el apartado 1 del artículo 40 del título II).

–Reglas sobre el control financiero de las subvenciones en cuanto al control de ayudas y subvenciones con cargo a fondos comunitarios así como la obligación de colaborar (título III, artículos 45 y 46).

–El régimen material de infracciones y las reglas básicas reguladoras de las sanciones administrativas en el orden subvencional (del título IV, el capítulo I en su totalidad y los artículos 59, 65, 67, 68 y 69 del capítulo II).

–Las reglas sobre colaboración de la Intervención General del Estado con otras administraciones públicas para la elaboración del plan anual del control del FEOGA-garantía (apartado 1 de la disposición adicional segunda).

–Las subvenciones otorgadas por las fundaciones del sector público (disposición adicional decimosexta).

1.2.2. Normas autonómicas

Algunas Comunidades Autónomas han dictado normas generales regulando el régimen de las subvenciones, es el caso, por ejemplo, de la Ley 16/1993, de 28 de diciembre, de presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 1994, la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de subvenciones de la Comunidad de Madrid o la Ley 7/1997, de 19 de junio, que regula esta materia en el País Vasco y reforma la normativa sobre principios ordenadores de su hacienda general y más recientemente tenemos la Ley 5/2002, de subvenciones, de las Islas Baleares. Aparte de estas normas con rango de ley, existen numerosas normas reglamentarias sobre la materia como es el caso, por ejemplo, de la Orden de 1 de octubre de 1997, sobre

tramitación, justificación y control de ayudas y subvenciones, en Cataluña.

Junto a estas normas generales habría que citar aquellas otras normas sectoriales que prevén y regulan subvenciones específicas y, más en concreto, las que pueden afectar al régimen local, que se exponen a continuación.

Por otra parte la LGS contiene normas específicas para aquellos territorios sujetos a régimen de concierto como es el caso de Navarra y el País Vasco y así las disposiciones adicionales 21 y 22 expresamente señalan que la LGS se aplicará con respeto a la Ley orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra y al Estatuto de autonomía del País Vasco y disposición adicional segunda de la Ley de bases de régimen local.

1.3. Cuadro de la normativa de régimen local de subvenciones

1.3.1. Sistema de fuentes

El régimen de fuentes de los entes locales y provinciales en esta materia parte del artículo 137 de la CE: los municipios gozan de autonomía para la gestión de sus intereses respectivos, ahora bien cómo se integra es autonomía –desde el momento en que no hay una definición constitucional del ámbito material de esa autonomía– es algo que se deja a la disposición del legislador estatal y autonómico. Esto no implica una libre disposición de ese ámbito pues ya desde su temprana sentencia de 28 de junio de 1981, señaló el Tribunal Constitucional que el legislador –estatal y autonómico– debe ser respetuoso como ese ámbito de autonomía constitucionalmente garantizado.

Como se sabe, en esa sentencia el Tribunal Constitucional renunció a fijar apriorísticamente cual era la concreta materia en la que los entes locales deberían tener una competencia reconocida para señalar que “la autonomía local ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación de intereses locales y supraprovinciales”. Tampoco la Carta Europea de Régimen Local, de 15 de octubre de 1985, ratificada por España el 20 de enero de 1988 abunda en ese aspecto material y así define la autonomía local (artículo 3.1) como “el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”

Partiendo de esas premisas y de las reglas generales antes expuestas, en concreto, la del artículo 5.1 de la LGS, el cuadro de fuentes en cuanto a los entes locales es el siguiente:

1.3.1.1. Normas estatales y autonómicas

Se parte en todo caso del artículo 3.1.b) de la LGS que incluye en el ámbito subjetivo de la ley a las entidades que integran la Administración local, conforme a lo cual hay que diferenciar los siguientes supuestos:

–Entes locales enteramente sujetos a la legislación estatal.

De conformidad con la disposición final primera de la LGS, las entidades que integran la Administración local así como los organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas, en aquellas comunidades autónomas que no hubieran asumido competencias en materia de régimen local, estarán enteramente sometidas a la LGS y a la normativa que sobre régimen local afecte a la materia, así como a las normas reglamentarias que se dicten en los términos de la disposición adicional decimocuarta según la cual “los procedimientos regulados en esta ley se adaptarán reglamentariamente a las condiciones de organización y funcionamiento de las corporaciones locales”.

–Entes locales sujetos a la normativa de las comunidades autónomas en materia de régimen local.

Según la disposición final primera 2, los entes locales quedarán sujetos a los preceptos de la norma estatal que, según el apartado 1, tienen carácter básico así como a las normas –con rango de ley o reglamentario– que sobre la materia dicten las comunidades autónomas.

1.3.1.2. Ordenanzas municipales

Según el artículo 17.2 de la LGS –que goza de carácter básico–, “las bases reguladoras de las subvenciones de las corporaciones locales se deberán aprobar en el marco de las bases de ejecución del presupuesto, a través de una ordenanza general de subvenciones o mediante una ordenanza específica para las distintas modalidades de subvenciones”.

Esto implica sometidas a la ley y a los reglamentos ejecutivos, los entes locales dictarán una ordenanza general de subvenciones o bien ordenanzas específicas por cada tipo de subvención, en las que se aprueben las bases reguladoras de las mismas. Aprobadas esas bases, habrá una convocatoria en los términos ya vistos.

1.3.1.3. Convenios

Respecto de los convenios que pueden celebrar los entes locales en esta materia, hay que hacer referencia a los siguientes:

–Convenios del artículo 5.2. Son los referidos a las subvenciones que se otorguen por consorcios, mancomunidades u otras personificaciones públicas creadas por varias administraciones públicas u organismos o entes dependientes de ellas y las subvenciones que deriven de convenios formalizados entre éstas. En

estos casos, las subvenciones así creadas se regularán por el instrumento jurídico de creación o por el propio convenio, siempre sometidos unos u otros, a la LGS.

–Convenios previstos en el artículo 16.4 de la LGS. Se suscriben en el caso de que intervengan las entidades locales como entidades colaboradoras de la Administración General del Estado o cuando ésta y los organismos dependientes de la Administración General del Estado sean colaboradores de los entes locales.

1.3.2. Otras normas que regulan la materia

Partiendo del esquema de fuentes expuesto, en cuanto a la normativa estatal y aparte de la LGS como norma general hay que citar la Ley de 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LRBRL) con la modificación efectuada por la Ley 53/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local (en especial el artículo 36). A esta norma añádanse el Texto refundido de régimen local, aprobado por Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de haciendas locales (LHL), la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Desde el punto de vista reglamentario –aparte de las normas estatales ya citadas– hay que hacer expresa referencia al Reglamento de servicio de las corporaciones locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955 y el Reglamento de bienes de las corporaciones locales, aprobado por el Real decreto 1372/1986, de 13 de junio.

Desde el punto de vista de la normativa estatal, hay que tener presente la disposición transitoria primera de la LGS, según la cual en el plazo de un año a partir de su entrada en vigor se procederá a la adecuación de la normativas sectoriales reguladoras de las subvenciones al régimen jurídico de la nueva ley y si en ese plazo no se ha hecho tal adecuación, la LGS será de aplicación directa.

En cuanto a la normativa autonómica sobre subvenciones locales, se pueden citar como normas sobre régimen local que abordan esta materia la Ley foral 6/1990, de 2 de julio, de Administración local de Navarra; la Ley de Aragón 7/1999 de 9 de abril, de Administración local de Aragón; la Ley 5/1987, de 4 de abril, de régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales de Cataluña; la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña; el Decreto de la Generalidad 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales. Más recientemente, está la Ley 1/2003 de 3 de marzo, de la Administración local de La Rioja o la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid.

1.4. Régimen de ayudas comunitarias

La LGS contiene preceptos especialmente referidos al régimen de ayudas comunitarias y así el artículo 6 fija el siguiente orden de fuentes:

–En primer lugar las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea se regirán por las normas comunitarias aplicables en cada caso y por las normas nacionales de desarrollo o transposición de aquéllas.

–En cuanto al régimen de los procedimientos de concesión y de control, las previsiones de la LGS serán de aplicación supletoria respecto de las normas de aplicación directa a las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea.

2. Concepto legal de subvención y su naturaleza en la LGS

Expuesto el marco general de las fuentes del derecho de subvenciones, se aborda el concepto legal de subvención tanto desde el punto de vista positivo –qué es subvención– como negativo, esto es, qué no es subvención según la LGS.

2.1. Qué es subvención

Antes de entrar en la definición recogida en esa norma, conviene abordar otras definiciones normativas anteriores para así advertir lo peculiar de la actual regulación. En esas normas anteriores a la actual ley se identifica la subvención con la idea general de cualquier ventaja económica. Así el artículo 24 del reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955, nos dio una primera definición de subvención al referirlo a “cualquier auxilio directo o indirecto, valorable económicamente, a expensas de las entidades locales, que otorguen las corporaciones, y, entre ellos, las becas, primas, premios y demás gastos de ayuda personal”, texto con el que coincide el artículo 224 de la Ley aragonesa 7/1999.

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

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

Otra definición legal es la del artículo 1 de la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de subvenciones de la Comunidad de Madrid, conforme a la cual (artículo 1.1) tiene consideración de subvención “todo desplazamiento patrimonial que tenga por objeto una entrega dineraria entre los distintos agentes de la Administración pública de la Comunidad de Madrid, o de éstos a otras entidades públicas o privadas y a particulares que cumplan los siguientes requisitos”, y así se refiere a la ausencia de contraprestación por el beneficiario, afectación a un fin específico de utilidad pública o interés social y que se imponga la penalización del reintegro en caso de incumplirse su fin.

Siguiendo con la normativa autonómica, la Ley balear 5/2002, de 21 de junio, de subvenciones, considera subvención a “cualquier disposición gratuita de fondos públicos y, en general, de cualquier recurso público evaluable económicamente, realizada por la Administración a favor de una persona física o jurídica, pública o privada, que se afecta a la realización de una actividad de utilidad pública o de interés social, o a la consecución de una finalidad pública”.

Tras la LGS la definición legal básica es la del artículo 2 de la LGS y decimos básica en cuanto que tal precepto por estar inserto en el capítulo primero del título preliminar goza de tal carácter (cfr. disposición final primera 1). Sin perjuicio de analizar más adelante todos sus elementos, de esa definición se deduce que estaremos ante una subvención en el siguiente caso:

–Si se trata de una disposición dineraria.

–Si la realiza alguna de las administraciones del artículo 3 de la ley.

–Si son beneficiarias tanto las personas públicas como las privadas.

Y junto a estos elementos definidores, se exige que se reúnan los siguientes requisitos:

–Que no haya contraprestación por los beneficiarios.

–Que esa disposición dineraria quede afecta al cumplimiento de determinado objetivo, proyecto de actividad, comportamiento particular o concurrencia de una situación, lo que representa el interés o utilidad pública que se persigue con la subvención y que la identifica como una modalidad de fomento de ahí que en el apartado c) del artículo 2.1.c) –como se ha dicho ya– se fije como requisito que “el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública”.

2.2. Qué no es subvención

Una vez conocido el concepto legal de subvención, la LGS sigue abordando su conceptualización acudiendo a la técnica negativa de exponer qué no son subvenciones. En concreto el artículo 2 diferencia entre aportaciones de indudable carácter subvencional pero no sujetas a esa ley, y aquellas otras ayudas –en sentido general u omnicompresivo– que no participan de esa naturaleza.

En particular la LGS se refiere a los siguientes supuestos:

De un lado están aquellas ayudas de aparente carácter subvencional pero que en todo caso no están sujetas a esta ley como es el caso de los supuestos del artículo 2. 2 y 3. Así el apartado 2 se refiere a las aportaciones financieras o subvención-dotación entre administraciones territoriales o entre estas y los organismos públicos dependientes de las mismas con la finalidad de financiar su actividad global. Y tampoco están sujetas a LGS el caso de apartado 3, esto es, las otorgadas por los entes locales a las asociaciones referidas en la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 1 de abril, reguladora de las bases de régimen local, en adelante Ley de bases de régimen local. Estas últimas se refieren a las asociaciones constituidas por los entes locales, de ámbito estatal o autonómico, para la protección y promoción de sus intereses comunes.

En estos casos, como se ha dicho, lo que determina el artículo 2. 2. y 3 es que se está ante disposiciones dinerarias pero “no comprendidas” en la ley, si bien en cuanto a las primeras hay razones para negarles el carácter subvencional. En efecto, en el supuesto del apartado 2 del artículo 2 estamos más bien ante instrumentos de financiación de las administraciones territoriales como es el caso del artículo 2.1.b) de la LHL, pese a emplearse expresamente el término “subvención”, o el artículo 4. 2 de la Ley orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las comunidades autónomas, del mismo modo que las asignaciones complementarias previstas en dicha norma (artículo 15.2). Más próxima es la naturaleza subvencional del apartado 3 del artículo 2 pues se trata de asociaciones de defensa de intereses comunes de los entes locales. Pero sea un caso u otro, lo que prima en estos supuestos es su naturaleza de medio de financiación y no propiamente de sistemas de apoyo o fomento de actividades de terceros que coadyuvan a los intereses de la Administración subvencionante.

Más clara es la falta de carácter subvencional de las disposiciones dinerarias a las que se refiere el artículo 2.4 de la LGS. Así los apartados a), b), c), e) y f) regulan una serie de prestaciones del sistema de Seguridad Social, ya se trate de prestaciones contributivas o no contributivas y sus asimiladas o el sistema de clases pasivas. Aun así y para el caso de prestaciones por desempleo, la disposición adicional 11 regula con carácter

específico el procedimiento de reintegro de subvenciones concedidas por el INEM en cuanto a la recurribilidad en alzada de sus resoluciones dictadas en dichos procedimientos. De tal disposición parece deducirse la aplicación de la Ley en cuanto que lo que excepciona no es la aplicabilidad general de la misma (cfr. artículo 2.4), sino sólo un aspecto muy concreto (“no obstante lo establecido en el apartado 5 del artículo 42 de esta ley [...]”).

Tampoco tienen el carácter de subvención las ayudas a los afectados por el síndrome tóxico e infectados por el VHC [apartado d)] pues en este caso se trata de una acción reparadora inspirada desde el principio de solidaridad ante esos contagios. Así para el caso del VHC dicen expresamente las leyes 55/1999 (artículo 80.4) y 14/2002 que se trata de “ayudas sociales” y no subvenciones cuyo origen está en la imposibilidad científica de detección durante largos años de tal virus en el curso de las transfusiones sanguíneas. En otros casos –síndrome tóxico– se trata de un fenómeno de envenenamiento masivo que dio lugar a una condena judicial en vía penal.

Tampoco gozan del carácter subvencional los beneficios fiscales y en la cotización a la Seguridad Social [apartado g)] ni el crédito oficial [apartado h)]. En ambos casos la razón radica, según la exposición de motivos, en que no hay entrega directa de fondos públicos. Este criterio es lógico desde la lógica de la LGS que es, fundamentalmente, procurar el control del gasto por razón del principio de estabilidad presupuestaria; ahora bien, al margen de tal criterio inspirador es claro que desde la lógica jurídica los beneficios fiscales y en las cotizaciones son verdaderas técnicas de fomento, como así ocurre cuando se acude a esas técnicas para fomentar desde la instalación de ciertas industrias al crecimiento demográfico, o incentivar el empleo o la contratación laboral en cierto tipo de trabajos, etcétera.

A su vez, es también claro que si bien el crédito oficial no es subvención, sí que lo es el supuesto, recogido en la propia ley, referido a cuando se acude al crédito oficial y la Administración subvenciona al prestatario la totalidad o parte de los intereses u otras contraprestaciones. En este sentido la disposición adicional 6 prevé el caso de no tanto de la subvención del artículo 2.3.h) como el otorgamiento de créditos sin interés o con interés inferior al de mercado. Para este caso lo previsto es que se regulen por su normativa específica y supletoriamente por la LGS en todo aquello que resulte aplicable y se cita en particular a los principios generales, requisitos y obligaciones de beneficiarios y entidades colaboradoras, y procedimiento de concesión.

Por último la LGS excluye de su ámbito de aplicación ciertas entregas dinerarias, alguna de las cuales son ciertamente subvenciones desde el punto de vista dogmático. Así se refiere a los premios que se otorguen sin soli-

cidad del beneficiario [artículo 4.a)], figura la del premio, la recompensa, que es un instrumento de fomento ligado a la idea de reconocimiento pero ajeno a la idea subvencional. Donde los términos se alejan de la naturaleza de las instituciones es en el caso de las subvenciones electorales, a partidos políticos y grupos parlamentarios [artículo 4.b), c) y d)] lo cual es razonable. En efecto, en estos casos se trata más que nada de medios de financiación a entidades con o sin personalidad con cuantiosos gastos derivados de su participación en procesos electorales o por razón de su funcionamiento institucional o parlamentario y que por previsión legal se desea que la financiación esos gastos sea prioritariamente de procedencia pública. No se está, por tanto, ante una técnica de fomento de cierto fin público, sino de financiación de los gastos ordinarios de funcionamiento –partidos, grupos parlamentarios– o de ayudas como son las subvenciones electorales.

2.3. Naturaleza

De las definiciones legales antes vistas y en especial de la LGS, se deducen unos puntos comunes en todas ellas que llevan a perfilar la naturaleza jurídica de la subvención de conformidad con lo ya razonado al exponer la integración de las normas sobre contratación pública en la relación de fuentes del Derecho de subvenciones. Son los siguientes:

2.3.1. Transmisión o desplazamiento dinerario (artículo 2.1)

Este requisito nuclear en el negocio subvencional, si bien la LGS exige expresamente que para que se esté ante una subvención esa transmisión deba consistir en una disposición dineraria directa, esto es, una transferencia económica, lo que puede acontecer directa o indirectamente. Directamente será la pura transferencia de metálico e indirectamente si consiste, por ejemplo y como se ha dicho, en la financiación de unos intereses.

2.3.2. Ausencia de contraprestación [artículo 2.1.a)]

Se identifica con la idea de que la subvención se efectúa a “fondo perdido”. Ahora bien, esto no implica que la causa del negocio subvencional, como negocio jurídico administrativo, sea ciertamente la liberalidad de la Administración subvencionante tal y como ocurre en las donaciones civiles (artículo 618 del Código civil). Si la pura liberalidad se tradujese en la ausencia de contrapartida alguna no habrá subvención, sino otra figura como ocurre, por ejemplo, con las ayudas pues las basadas en criterios de solidaridad –resarcimiento a víctimas de terrorismo, de delitos violentos, contagiados del VHC y VIH, o damnificados por el aceite de colza– sí que son actos de liberalidad, pero no subvenciones como instrumentos de fomento.

Por tanto, la ausencia de contraprestación en el sentido de ausencia de ánimo de lucro por ambas partes no debe llevar a olvidar la concurrencia de una serie de obligaciones por parte de beneficiario que son algo más que la existencia del modo como elemento accidental del negocio jurídico. Estamos ante una disposición dineraria, cierto, pero que tiene por correlato para el beneficiario más que la asunción de una carga, la asunción de una serie de obligaciones materiales y formales [artículo 2.1.b) *in fine* de la LGS] la primera de las cuales es satisfacer el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento singular al que está afecto la cesión del dinerario que ha recibido [artículo 21.b) de la LGS], lo que es reiterado por el artículo 14.1.a).

Ciertamente en el negocio subvencional no hay espacio para apreciar que se perfeccione sobre la base de un acuerdo de voluntades en el sentido del artículo 623 del Código civil, de ahí la exorbitancia del negocio subvencional coincidente con la contratación pública pues en ese ámbito “los contratos se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados” (artículo 53 de la LCAP). De esta manera, hecha la convocatoria de subvención y, en su caso, presentadas las solicitudes, examinadas y valoradas, la resolución perfecciona el negocio y decimos “en su caso” pues de tratarse de una concesión directa, también a ese momento queda relegado el perfeccionamiento. Se entiende así que si bien es frecuente anudar a la subvención la naturaleza de donación haya autores –como Fernández Farreres– que entiendan que la subvención es “una atribución patrimonial a fondo perdido de una Administración pública a favor de un particular, afectando inicialmente la prestación al desarrollo de una actividad del subvencionado”. De esta forma niega que la subvención sea una suerte de donación, pues la identifica como un acto administrativo que genera una relación jurídica unilateral, de la que surge un derecho de crédito a favor del beneficiario frente a la Administración subvencionante.

Frente a este criterio la jurisprudencia identifica el negocio jurídico subvencional con la idea de donación modal; ahora bien, en otras sentencias –v. gr. STS de 9 de abril de 1998– se declara que la subvención no obedece a un *animus donandi*, sino a la causa de lograr con esta técnica de fomento la realización de fines de interés público, de ahí que concluya diciendo que es incompatible el fin constitucional de las administraciones públicas con la idea de un acto de mera liberalidad que se salde con el traspaso de fondos públicos. Esa ausencia de liberalidad es exigida en el artículo 27.1 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, según el cual “serán nulos los acuerdos de subvenciones que obedezcan a mera liberalidad” y lo mismo por

el artículo 119.2 del Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales, aprobado por el Decreto 179/95, de 13 de junio, de la Generalidad catalana.

2.3.3. Afectación a un fin público [artículo 2.1.c)]

Es lo que hace que la subvención constituya un instrumento de fomento, da entrada a las exorbitancias en este negocio y permite explicarlo más allá de la pura donación civil. Tal fin coincide, claro está, con las prioridades públicas y puede consistir en alguna de las posibilidades contempladas en el ya citado artículo 2.1.b) y tal fin hace que la subvención participe de la naturaleza contractual administrativa toda vez que se configura como un contrato de financiación de actividades o de consecución de objetivos de utilidad pública o interés particular cuya ejecución de confiere al beneficiario.

2.3.4. Carácter del beneficiario (artículo 2.1 en relación con el artículo 11)

Por razón de lo expuesto podría concluirse que lo propio de una subvención es que el destinatario sea un particular. Tal elemento sería importante para discernir las subvenciones de fomento de las subvenciones-dotación o como instrumento de financiación de ciertos entes públicos, caso éste que, como se dijo más arriba, queda excluido de la LGS. Sin embargo esta Ley no sigue ese criterio y tiene por beneficiario, aparte de a las personas físicas, a las personas jurídicas públicas y privadas (artículo 11.3). Evidentemente que las administraciones o los organismos públicos dependientes de las mismas puedan ser beneficiarios no colisiona con lo antes dicho, esto es, que no sean subvenciones las aportaciones entre administraciones destinadas a financiar la totalidad de su actividad; sí los serán, por el contrario, aquellas aportaciones dinerarias que de manera puntual se inserten en alguno de los supuestos del artículo 2.1.b).

3. Régimen jurídico de las subvenciones en el ámbito local

3.1. Diferentes formas de intervenir las Administración en el régimen de las subvenciones

A la hora de analizar el régimen jurídico de las subvenciones, podemos hacer una primera aproximación según cual sea la situación jurídica de las administraciones en la relación jurídica subvencional. De esta manera podemos diferenciar entre aquellos casos en los que la Administración es quien subvenciona, en segundo lugar si es beneficiaria y, por último, si es gestora de subvenciones otorgadas por otras instancias públicas.

3.1.1. Como Administración subvencionante

Es el supuesto base y que da sentido a la actividad de fomento en general y de las subvenciones como instrumento de fomento en particular. En el ámbito local la previsión general de los entes locales como administraciones subvencionantes se encuentra en el artículo 3.1.b) de la LGS, aparte de la expresa previsión que de las mancomunidades, consorcios y otras formas de uniones interadministrativas prevé el artículo 5.2 a los efectos de los artículos 5.3 y 87 de la LRBRL. Debe tenerse en cuenta que el supuesto del artículo 5.2 es distinto del supuesto al que alude el artículo 2.3 de la LGS en relación con la disposición adicional quinta de la LRBRL, pues ésta se refiere a las aportaciones de los entes locales que constituyen una asociación de entes.

Por otra parte son ejemplos típicos de subvenciones otorgadas por la Administración las previstas en el artículo 72 de la LRBRL para asociaciones de vecinos, subvenciones que están igualmente previstas en el artículo 232 de la Ley de haciendas locales.

Aparte de lo previsto en la LGS, la previsión de subvenciones puede encontrarse, por ejemplo, en el artículo 23 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales y en el ámbito autonómico puede citarse el artículo 224 de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, siempre bajo la idea básica de que las actividades complementen o suplan las competencias locales. Otro caso es, por ejemplo, el artículo 221 de la Ley de la Rioja.

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

Este supuesto aparece de nuevo en el artículo 63 del texto refundido si bien en este caso la Administración subvencionante no es ya la Diputación sino la Administración del Estado en el contexto de la regulación de las relaciones interadministrativas. Así se prevé como modalidad de la ayuda financiera la subvención cuyo objeto sean obras y servicios cuyos efectos sociales y administrativos se contraigan al territorio de la entidad subvencionada. En todo caso, tanto éstas como aquellas subvenciones financieras están excluidas de la LGS por razón del artículo 2.2 de la LGS.

3.1.2. Como Administración beneficiaria

Sería aquel caso en el que un ente local es el destinatario de una subvención otorgada por otra Administración, posibilidad esta deducible con carácter general del

artículo 11 de la LGS, si bien no será de aplicación la LGS a los casos antes apuntados y deducibles como regla general del artículo 2.2 de la LGS, esto es, subvenciones no de fomento sino de financiación. En estos casos el ente local puede ser receptor de la subvención directamente o bien puede serlo un organismo público bajo cualquier forma de personificación prevista en el ordenamiento.

En el caso de subvenciones a otra Administración territorial, se regula expresamente aparte de los casos vistos en el apartado anterior en el marco de las relaciones interadministrativas, el régimen de control. Así el artículo 40 de la Ley de haciendas locales recoge una serie de limitaciones a la actuación de los entes locales como beneficiarias, en concreto se aplica el principio del sometimiento a los fines previstos en la convocatoria y la previsión de control y vigilancia. En esta misma línea de control se puede citar el artículo 13 de la Ley catalana 5/1987, de régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales, que expresamente regula la suspensión por la generalidad de las subvenciones otorgadas a las diputaciones en materias de obras y servicios.

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

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

3.1.3. Como Administración colaboradora

En el artículo 81.5 de la derogada Ley general presupuestaria de 1988 se preveía con carácter general la actuación de las comunidades autónomas y entidades colaboradoras (sociedades estatales, entes corporativos, fundaciones) como gestores de subvenciones estatales. En estos casos son sus obligaciones la entrega, verifica-

ción, justificación y sometimiento al ejercicio de las potestades de comprobación.

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

En todos estos casos por "gestión" se entendía el conjunto de actuaciones necesarias para la efectividad de la subvención, en concreto la recepción de solicitudes, verificación de datos, tramitación, resolución, liquidación y pago, inspección y control del cumplimiento de los compromisos adquiridos por los beneficiarios (cfr. STC 79/1992). Especial relevancia tiene este tercer supuesto en el caso de subvenciones comunitarias de carácter estructural antes expuestas; la gestión de este tipo de ayudas da lugar a fórmulas de colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas acudiendo, por ejemplo, a convenios de colaboración y convenios financieros.

En la LGS se regula la figura de la entidad colaboradora de la Administración subvencionante (artículo 12), condición ésta que pueden asumir las corporaciones locales, del mismo modo que la Administración General del Estado puede serlo respecto de las concedidas por las corporaciones locales (artículo 12.3). Que la relación de colaboración se prevea entre las comunidades autónomas y los entes locales respecto de la Administración General del Estado y viceversa, no implica que no pueda darse entre la Administración autonómica y local. También se prevé que sean colaboradores las asociaciones a las que se refiere la disposición adicional quinta de la LRRL (artículo 12.2).

En cuanto al contenido de la relación de colaboración entre administraciones, su naturaleza se configura como una relación de encomienda de gestión del artículo 15 de la Ley 30/1992 que se concreta en la LGS en que la Administración colaboradora actúa en nombre y por cuenta de la concedente a todos los efectos relacionados con la subvención. Esta colaboración se formaliza mediante los convenios de colaboración (artículo 16 de la LGS), en los que se fijan las condiciones de la misma y las obligaciones asumidas por la corporación colaboradora (artículo 16.1 de la LGS). Así la concedente entrega y distribuye los fondos a los beneficiarios a través de la colaboradora de acuerdo con los criterios de las bases reguladoras o del convenio, o colabora en la gestión de la subvención sin que se produzca la previa entrega y distribución de los fondos recibidos. Expresamente se prevé que esos fondos en que consiste la subvención y en cuya gestión se colabora, no forman parte de su patrimonio.

Para el primero de los supuestos –entrega y distribución de los fondos– y para el caso de subvenciones en concurrencia competitiva, debe entenderse que la actuación de la Administración colaboradora no implica el otorgamiento de la subvención. Así se deduce, por ejemplo, del artículo 16.2.g) que diferencia claramente resolución del procedimiento de subvención, entrega y distribución de fondos y, en todo caso, del propio enunciado de Administración colaboradora que se predica respecto de la Administración concedente o subvencionante (cfr. artículo 12.1, primer inciso).

Por último, el artículo 16. 4 prevé que cuando las corporaciones locales actúen como entidades colaboradoras, la Administración General del Estado o sus organismos públicos vinculados o dependientes de ella, suscribirán con el ente local los convenios ya expuestos (cfr. artículo 15. 4 Ley 30/92), en los que se regularán los requisitos de distribución y entrega de los fondos, los criterios de justificación y de rendición de cuentas. Y del mismo modo se procederá si es que es la Administración General del Estado o los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, son colaboradoras respecto de las subvenciones locales.

3.2. Algunos aspectos concretos del régimen de subvenciones locales

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

3.2.1. Discrecionalidad, concurrencia competitiva, aspectos reglados

En la vida de la relación subvencional hay que diferenciar dos momentos: el de la constitución de una subvención y el momento de su otorgamiento, todo con miras a determinar hasta dónde llega la posibilidad de control, para lo cual es prioritario adentrarse en la naturaleza de la potestad ejercitada.

En cuando al primer momento, la jurisprudencia es clara al sostener que el establecimiento de las subvenciones se inscribe dentro de la potestad discrecional de la Administración; en cambio, y así lo destaca la sentencia de la Sala 3.ª de 3 de marzo de 1993, “una vez que la subvención ha sido anunciada y regulada normativamente, termina la discrecionalidad y comienza la regla y el reparto concreto escapa del puro voluntarismo de la Administración. Más concretamente, el otorgamiento de la subvención ha de estar determinado por el cumplimiento de todas las condiciones exigidas por la normativa correspondiente, pues de lo contrario resultaría arbitraria y totalmente atentatoria a la seguridad jurídica la discrecionalidad del actuar de la Administración”. Y la Sentencia del mismo Tribunal de 17 de julio de 1998 sostuvo algo obvio pero que se dice como sinónimo de

ausencia de discrecionalidad, esto es, que en materia de beneficios y subvenciones hay que atenerse a los términos de la norma que los crea y regula, lo que implica un principio de juridificación que abre las posibilidades de control jurisdiccional. En definitiva, la idea de discrecionalidad –sin excluirla– se basaría en la vieja consideración de las subvenciones desde las ideas de liberalidad, gratuidad y precariedad.

Este distingo al que se acaba de aludir está presente en la LGS pues el primer momento se identifica con ese instrumento novedoso que es el plan al que alude el artículo 8.1. Así la previsión de que las administraciones que “propongan” una iniciativa subvencional deberán aprobar el oportuno plan, apunta a que la discrecionalidad empieza y acaba ahí. Sin embargo, a partir de ese momento todo discurre por criterios reconducibles a términos jurídicos luego, en principio, revisables en Derecho si bien habrá que aclarar cual es el alcance de la potestad ejercitada. De esta manera tenemos:

–Que ya en ese plan deban explicitarse los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

–Que la norma reguladora de las bases de concesión de las subvenciones debe prever (artículo 17.3) los “criterios objetivos de otorgamiento de la subvención y, en su caso, ponderación de los mismos”.

–Que al regularse el procedimiento de concurrencia competitiva se dice (artículo 22.1) que la concesión se realiza comparando las solicitudes con la finalidad de establecer una prelación de acuerdo con criterios de valoración que previamente se han fijado tanto en las bases reguladoras como en la convocatoria, de forma que se adjudicará a la solicitud o solicitudes que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de esos citados criterios.

–Por otra parte, el artículo 24.4 de la LGS al regular la fase de instrucción del procedimiento de concurrencia competitiva señala que “una vez evaluadas las solicitudes, el órgano colegiado [...] deberá emitir informe en el que se concrete el resultado de la evaluación efectuada”.

–Esa previsión se completa con el artículo 22. 4, párrafo 5, al señalar que “el expediente de concesión de subvenciones contendrá el informe del órgano instructor en el que conste que de la información que obra en su poder se desprende que los beneficiarios cumplen todos los requisitos necesarios para acceder a las mismas”.

De todo este conjunto normativo se deduce, por una parte, la apreciación de la concurrencia en los solicitantes de los requisitos objetivos o reglados para concurrir al procedimiento subvencional. En cuanto elementos

reglados u objetivos, es claro que el control del acto de adjudicación no ofrece especial problema, del mismo modo que no lo ofrece la apreciación del respeto a los trámites del procedimiento incoado. Cosa diferente –al margen de la fijación de criterios objetivos de otorgamiento– es que debe realizar un juicio valorativo sobre la pertenencia del otorgamiento y, a la vez o en su caso, una prelación de solicitudes. Como se dijo más arriba, el procedimiento subvencional tiene coincidencias con el contractual y es sabido que en el concurso el acto de valoración de las ofertas es de signo discrecional en cuanto que la Administración puede, alternativamente, adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa sin atender necesariamente al valor económico de la misma, o declarar desierto el concurso, motivando en todo caso su resolución con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego (artículo 88.2 de la LCAP).

En el caso del procedimiento subvencional hay que entender que no se está ante ese género de discrecionalidad. El acto administrativo de otorgamiento presupone un juicio en el que se trata de llegar a la única resolución jurídicamente admisible y, por tanto, queda abierta la revisión ulterior de ese acto en cuanto tal y en cuanto a su núcleo esencial, esto es, el otorgamiento o la denegación. Hay que entender, por tanto, que la ponderación, la valoración y prelación de solicitudes se basa antes que nada o en la apreciación de la concurrencia de elementos reglados o en la integración de conceptos indeterminados, de ahí la especial relevancia que presenta el requisito de la motivación; sólo se puede entender que cederá ese control ante valoraciones técnicas. Corolario de lo expuesto es la importancia que en la LGS se da al requisito no ya de la de la motivación –como a continuación se verá– sino al proceso de formación del criterio administrativo tal y como se ha visto.

3.2.2. Motivación

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

Ahora la exigencia de motivación está incorporada a la LGS como ya lo estaba en el artículo 6.2 del Reglamento de procedimiento para la concesión de subvenciones, aprobado por el Real decreto 2225/1993, de 17 de diciembre. Así que el expediente deba contar con los

informes ya apuntados del órgano de instrucción evidencia que el legislador desea que el juicio valorativo y de ponderación quede documentado para conocer el proceso de formación de la voluntad administrativa. Pero es que el artículo 24.4, párrafo 2, señala que “el órgano instructor, a la vista del expediente y del informe del órgano colegiado, formulará la propuesta de resolución provisional, debidamente motivada, que deberá notificarse a los interesados en la forma que establezca la convocatoria, y se concederá un plazo de 10 días para presentar alegaciones”. A esto añádase que el siguiente párrafo 4 prevé, una vez evacuado el trámite de alegaciones y analizadas las que se presenten, que “se formulará la propuesta de resolución definitiva, que deberá expresar el solicitante o la relación de solicitantes para los que se propone la concesión de la subvención, y su cuantía, especificando su evaluación y los criterios de valoración seguidos para efectuarla”. Por último, al regular la LGS el contenido de la resolución que pone fin el procedimiento señala que “la resolución se motivará de conformidad con lo que dispongan las bases reguladoras de la subvención debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”.

Dentro de la normativa autonómica el artículo 79.2 Ley del Parlamento de Cataluña 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña, establece que los actos administrativos resolutorios han de estar motivados con una referencia sucinta de los hechos y fundamentos jurídicos, con la identificación de las normas aplicables, y, si procede, del régimen de recursos que sea procedente. En fin, este requisito de la motivación está también recogido en el artículo 19.1 de la Ley 5/2002, de Baleares

En el ámbito reglamentario el artículo 6.2 del Reglamento que regula el procedimiento de otorgamiento de subvenciones que expresamente exigía que “la resolución será motivada. En los procedimientos de concurrencia competitiva, la resolución se motivará de acuerdo con lo dispuesto en la norma que regule la correspondiente convocatoria, debiendo en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”.

3.2.3. Publicidad

La resolución otorgando la subvención debe ser objeto de la debida publicidad que, para la Administración local, tiene dos posibilidades (artículo 18.2):

–Si se trata de subvenciones concedidas por entidades locales de menos de 50.000 habitantes, la publicidad podrá realizarse en el tablón de anuncios.

–Si se trata de entidades locales de más de 5.000 habitantes, se insertará en el diario oficial correspondiente un extracto de la resolución por la que se ordena la

publicación, indicando los lugares donde se encuentra expuesto su contenido íntegro.

Estas reglas se entienden siempre sin perjuicio de las excepciones previstas en el artículo 18.3.

3.2.4. Revocación y reintegro

En la LGS no se regula con un epígrafe propio la revocación, sino que en el título II, capítulos I y II se acude a su efecto, es decir, el reintegro de la subvención, englobando dos supuestos distintos. En efecto, de la LGS cabe diferenciar el reintegro consecuencia de la previa de apreciación de un motivo de ilegalidad en la concesión del reintegro propiamente dicho o reintegro-sanción derivado del incumplimiento del negocio subvencional, bien sea por el beneficiario o por el colaborador. De esta manera se puede deducir un cuadro en el que libre rescisión no tiene cabida.

3.2.4.1. Causas generales de invalidez de la resolución otorgando la subvención

Por ser atribuibles a la Administración subvencionante, el artículo 36 prevé que sean las generales de los artículos 62.1 y 63 de la Ley 30/1992. Sólo es causa específica de la relación subvencional la prevista en el artículo 36.1.b) de la LGS referida a la carencia o insuficiencia de crédito.

La consecuencia de tal origen es que esos motivos los esgrime un tercero por vía de recurso o instando la revisión de oficio, o bien enteramente de oficio, ya sea mediante la incoación del procedimiento de revisión de oficio o, llegado el caso, por vía judicial previa declaración de lesividad. En todo caso lo relevante es que se deja sin efecto –de ahí que se hable de revocación– el acto de concesión pues el vicio de legalidad afecta a esa resolución. Esta regulación es la que permite concluir que no hay en la LGS margen para la libre rescisión de la subvención otorgada y que, por tanto, sólo cabe la resolución de la relación subvencional previa declaración de la concurrencia de una causa de ilegalidad.

3.2.4.2. Reintegro-sanción

No se trata de una revocación y se dará en caso de concurrir los supuestos del artículo 37.1 que son atribuibles al beneficiario y, en su caso, al colaborador o a éste sólo. De la relación de causas hay que deducir que se está ante el incumplimiento de algún extremo en el negocio subvencional, luego se está ante una ilicitud sobrevenida que no afecta al acto de otorgamiento –salvo el supuesto del artículo 37.1.a)– de ahí que se prevea la exigencia de intereses y que el procedimiento de reintegro sea consecuencia de una denuncia o bien se inicie por iniciativa de la propia Administración concedente o como consecuencia del procedimiento de control financiero (cfr. artículo 42.2) en cuyo caso se sucederán dos procedimientos: el de control financiero y del de

reintegro. A su vez el hecho que dé lugar al reintegro puede coincidir con un ilícito administrativo, en cuyo caso hay que entender que una vez acordado el reintegro podrá incoarse el expediente sancionador cuya función es estrictamente sancionadora al no preverse reintegro.

3.2.5. Caducidad del expediente de reintegro y prescripción

Alguna sentencia (cfr. STS 3.^a, Sección 3.^a, de 16 de junio de 1998) ha declarado respecto de la caducidad de la acción, que en la subvención estamos ante una figura contractual de Derecho público, que genera inexcusables obligaciones al beneficiario o al colaborador, cuyo incumplimiento provoca la resolución en la relación jurídica trabada. De esta manera entiende la sentencia que por la naturaleza jurídica de esa relación hay que estar más que a las normas de caducidad del expediente o de la acción, a las normas de prescripción contenidas en la Ley general presupuestaria –aplicable para ese supuesto–, que establecía un plazo de prescripción de cinco años, a contar desde el día en que el derecho pudo ejercitarse según el artículo 40.1.a) de la misma.

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

En la LGS se regulan las reglas específicas de la prescripción (artículo 39), de las que se deduce obviamente que la caducidad se refiere al expediente una vez incoado mientras que la prescripción se refiere al aspecto material, esto es, al crédito que tiene la subvencionante respecto del obligado al reintegro, de ahí que jueguen las causa de interrupción del artículo 39.3. ■

Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora¹

1. Planteamiento de la cuestión.
2. Prolegómenos del nuevo título XI de la LBRL.
 - 2.1. Jurisprudencia contenciosa sobre ordenanzas tipificadoras de infracciones y sanciones.
 - 2.2. Propuestas doctrinales de flexibilización de la reserva de ley.
 - 2.3. La “doctrina constitucional” de la STC 132/2001, de 8 de junio.
 - 2.4. Adecuación de la jurisprudencia contenciosa a la “doctrina constitucional” de la STC 132/2001.
3. El nuevo título XI de la de la LBRL como “cobertura legal” de las ordenanzas municipales.
 - 3.1. Singularización de las ordenanzas municipales en el régimen general de sanciones de la LRJPAC.
 - 3.2. “Criterios mínimos de antijuricidad” en el artículo 140 de la LBRL.
 - 3.3. Clases de sanciones.

Francisco Velasco Caballero
Silvia Díez Sastre
*Instituto de Derecho Local
de la Universidad Autónoma de Madrid*

1. Este estudio ha sido realizado en el Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid. Se inscribe en el Proyecto de investiga-

ción BJU 2002-00462 (Ministerio de Ciencia y Tecnología), del que es investigador principal el profesor Dr. Carles Viver Pi-Sunyer.

1. Planteamiento de la cuestión

1. La reciente Ley 57/2003, de 27 de noviembre, de medidas de modernización del gobierno local (LMMGL), ha introducido un nuevo título XI en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL). En este nuevo título XI (artículos 139 a 141 de la LBRL) se regula la potestad sancionadora de los ayuntamientos.² Además, en coherencia con esta nueva regulación se ha modificado parcialmente el texto de los artículos 127.1 y 129.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC).³ En ambos casos la reforma está dirigida a hacer posible la tipificación de infracciones y sanciones en ordenanzas municipales. El nuevo título XI de la LBRL contiene un catálogo de “criterios” para que los ayuntamientos tipifiquen como infracciones y sanciones administrativas las contravenciones a sus ordenanzas. Esta nueva regulación legal debe entenderse en un contexto jurisprudencial y doctrinal definido por tres ejes: primero, una corriente jurisprudencial mayoritaria que venía reconociendo, con distintos argumentos, un amplio poder de los ayuntamientos para tipificar infracciones y sanciones administrativas; segundo, una doctrina muy cualificada que venía reclamando, desde hace años, un amplio espacio regulador para la ordenanza municipal, incluso en materias sometidas a reserva de ley; y por último, la STC

132/2001, de 8 de junio, donde se establece la “doctrina constitucional” sobre la relación entre reserva de ley sancionadora (artículo 25.1 de la CE) y ordenanza municipal tipificadora de infracciones y sanciones. Es a partir de estas coordenadas como ha de entenderse la regulación de la Ley 57/2003. Y es también a partir de estas coordenadas como hay que entender la nueva “doctrina judicial” contenida en la reciente STS de 29 de septiembre de 2003, ala que luego se aludirá con detalle.

2. Prolegómenos del nuevo título XI de la LBRL

2. Era una cuestión abierta, desde la aprobación de la Constitución, cuál era el alcance del poder municipal para tipificar infracciones y sanciones en ordenanzas. Por principio, las ordenanzas municipales habían de someterse –como cualquier norma administrativa sancionadora– a la reserva de ley establecida en el artículo 25.1 de la CE. Pero la realidad venía siendo otra. Eran frecuentes las ordenanzas municipales que, al tiempo que regulaban por entero ciertos servicios o municipales, o el uso de bienes públicos, establecían *ex novo* y directamente infracciones y sanciones para asegurar el cumplimiento de lo mandado. Nuestro sistema normativo soportaba así una tensión latente entre reserva de ley sancionadora (artículo 25.1 de la CE) y realidad normativa. Esa tensión ha sido abordada muy tardíamente por el Tribunal Constitucional.⁴ La jurisprudencia constitucio-

2. Artículo 139. Tipificación de infracciones y sanciones en determinadas materias.

Para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes.

Artículo 140. Clasificación de las infracciones.

1. Las infracciones a las ordenanzas locales a que se refiere el artículo anterior se clasificarán en muy graves, graves y leves.

Serán muy graves las infracciones que supongan:

a) Una perturbación relevante de la convivencia que afecte de manera grave, inmediata y directa a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas, al normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable o a la salubridad u ornato públicos, siempre que se trate de conductas no subsumibles en los tipos previstos en el capítulo IV de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana.

b) El impedimento del uso de un servicio público por otra u otras personas con derecho a su utilización.

c) El impedimento o la grave y relevante obstrucción al normal funcionamiento de un servicio público.

d) Los actos de deterioro grave y relevante de equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio público.

e) El impedimento del uso de un espacio público por otra u otras personas con derecho a su utilización.

f) Los actos de deterioro grave y relevante de espacios públicos o de cualquiera de sus instalaciones y elementos, sean muebles o inmuebles, no derivados de alteraciones de la seguridad ciudadana.

2. Las demás infracciones se clasificarán en graves y leves, de acuerdo con los siguientes criterios:

a) La intensidad de la perturbación ocasionada en la tranquilidad o en el pacífico ejercicio de los derechos de otras personas o actividades.

b) La intensidad de la perturbación causada a la salubridad u ornato públicos.

c) La intensidad de la perturbación ocasionada en el uso de un servicio o de un espacio público por parte de las personas con derecho a utilizarlos.

d) La intensidad de la perturbación ocasionada en el normal funcionamiento de un servicio público.

e) La intensidad de los daños ocasionados a los equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio o de un espacio público.

Artículo 141. Límites de las sanciones económicas. Salvo previsión legal distinta, las multas por infracción de ordenanzas locales deberán respetar las siguientes cuantías:

–Infracciones muy graves: hasta 3.000 euros.

–Infracciones graves: hasta 1.500 euros.

–Infracciones leves: hasta 750 euros.

3. Nuevo texto del artículo 127.1 de la LRJPAC: “La potestad sancionadora de las administraciones públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este título y, cuando se trate de entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.”

Nueva redacción del artículo 129.1 de la LRJPAC: “Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.”

4. VALENCIA MARTÍN, G., “Derecho administrativo sancionador y principio de legalidad”, en *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, 2000, pág. 102.

nal se ocupó pronto, cierto es, de la reserva de ley sancionadora en relación con los reglamentos gubernativos (del Gobierno español o de los gobiernos de comunidades autónomas). Pero no ocurrió lo mismo respecto de las ordenanzas municipales. La doctrina constitucional sobre el artículo 25.1 de la CE, en relación con las ordenanzas municipales, se encuentra enunciada por vez primera en la STC 132/2001. La ausencia de doctrina constitucional ha sido cubierta, durante veinte años, por una jurisprudencia contenciosa escasamente perfilada y no siempre uniforme, tal y como se explica a continuación.

2.1. Jurisprudencia contenciosa sobre ordenanzas tipificadoras de infracciones y sanciones

3. La jurisprudencia contencioso-administrativa viene siendo, con carácter general, deferente con el poder sancionador de los ayuntamientos. Lo cual supone una comprensión “flexible” de la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE respecto del poder de tipificación de infracciones y sanciones en Ordenanza municipal. Pero esa idea de flexibilidad o reserva de ley “matizada” no se presenta en la jurisprudencia de manera uniforme. Conviven en la jurisprudencia contenciosa, prácticamente hasta hoy, dos criterios de “flexibilidad” bien distintos. Uno apenas si ve inconveniente en que las ordenanzas municipales tipifiquen directamente infracciones y sanciones. El otro criterio acepta la función tipificadora de las ordenanzas municipales, pero exige en todo caso una cierta “cobertura legal”; y a falta de esa previa tipificación legal aprecia vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora del artículo 25.1 de la CE. No es posible hablar aquí de un criterio mayoritario y otro minoritario. Los vaivenes son continuos. Ni siquiera se puede afirmar con rotundidad que en cada tipo de asuntos prima uno de los dos criterios jurisprudenciales. Buen ejemplo de ello es la jurisprudencia en torno a las ordenanzas de aparcamiento, donde los dos criterios contenciosos reseñados aparecen de forma simultánea. Veamos el alcance de esta jurisprudencia.

4. Una buena parte de las sentencias estudiadas (normalmente las más recientes) presentan, en relación con las ordenanzas municipales, una concepción minimalista de la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE. Es fre-

cuenta, incluso, que ni siquiera se cite en la argumentación el artículo 25.1 de la CE. Y con carácter general, en esa jurisprudencia no se utilizan los criterios generales –ya muy aquilatados en la jurisprudencia contenciosa y constitucional– sobre la colaboración del reglamento (del Estado o de las comunidades autónomas) en la tipificación de ilícitos administrativos. Parecería que las ordenanzas sancionadoras se encuentran a salvo del derecho fundamental a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 de la CE) y de su correspondiente reserva de ley. Tres son los argumentos que, combinados de una u otra forma, se identifican en esta jurisprudencia del Tribunal Supremo.

a) Hay, en primer lugar, una clara tendencia a centrar la argumentación en si el ayuntamiento tiene o no *competencia* para dictar ordenanzas en una determinada materia. Y afirmada la competencia normativa del ayuntamiento en un determinado ámbito, enseguida se considera, casi como obvio, que a la *competencia sectorial* ha de seguir la *potestad* para tipificar infracciones y sanciones. La ley exigida por el artículo 25.1 de la CE sería aquí, entonces, la norma legal que atribuye una determinada competencia al ayuntamiento. Luce en esta jurisprudencia un cierto apego a una comprensión positiva del principio de legalidad: lo importante es la norma (legal) que atribuye a los ayuntamientos competencia específica para actuar, no la norma que satisface una reserva de ley específica (como es la del artículo 25.1 de la CE). Así que más que en la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE, la jurisprudencia se viene centrando en la competencia sectorial de los ayuntamientos. Esta corriente jurisprudencial enlaza claramente con la doctrina emanada del Consejo de Estado.⁵ Se viene a mezclar así dos categorías (competencia y poder tipificador) claramente discernibles y de gran utilidad para la aplicación de la reserva de ley.⁶ Pues una cosa es distribuir materias públicas entre distintos órganos (competencia) y otra determinar cuándo un órgano público (administrativo o judicial) puede imponer sanciones a los ciudadanos. De manera que no a toda atribución de competencia tiene que ir anudado el poder sancionador. Eso habrá de decirse singularmente y, siempre, mediando Ley. Lo dicho es claramente identificable en un grupo extenso de Sentencias referido a las ordenanzas municipales reguladoras del estacionamiento limitado y vigilado (ordenanzas de la ORA).⁷ Estas ordenanzas normal-

5. En el Dictamen del Consejo de Estado, Asunto núm. 1749 de 1994, relativo a la posibilidad de que las entidades Locales dicten ordenanzas tipificadoras de infracciones y sanciones administrativas, se expresa una concepción muy flexible de la reserva de ley sancionadora, haciéndose eco precisamente de la doctrina de los poderes implícitos o inherentes. El Consejo considera que la potestad sancionadora es inherente a la potestad de la ordenanza misma, pues de otra forma no sería posible asegurar, por parte de las entidades locales, la eficacia real de las ordenanzas (véase, AA.VV., *El Derecho Local en la doctrina del Consejo de Estado*, BOE, Madrid, 2002, pág. 61).

6. La utilidad de la distinción, entre otros ejemplos, en M. T. CARBALLEIRA, *La provincia en el sistema autonómico español*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 115; y F. VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y derecho a la tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 79.

7. STS de 26 de septiembre de 1996 (Aranzadi 1233/1997); 22 de septiembre de 1999 (Aranzadi 6728); 15 de octubre de 1999 (Aranzadi 8851); 29 de mayo de 2000 (Aranzadi 4503); 25 de noviembre de 2000 (Aranzadi 1213); 28 de abril de 2001 (Aranzadi 5362); 14 de julio de 2001 (Aranzadi 7881); 28 de noviembre de 2001 (Aranzadi 9800); 29 de enero de 2002 (Aranzadi 902); 12 de junio de 2002 (Aranzadi 8201).

mente contienen, además de la previsión de un precio público o tasa por el estacionamiento, la posibilidad de retirada del vehículo infractor del régimen de aparcamiento y la imposición de multas. Pues bien, en los casos en los que se había cuestionado la tipificación de infracciones administrativas en aquellas ordenanzas, el Tribunal Supremo ha considerado que existía “cobertura legal” suficiente para la tipificación de infracciones y sanciones. Pero en estas sentencias apenas si se precisa dónde está esa “cobertura legal”. A veces se afirma, con cierta vaguedad, que la tipificación legal está en el artículo 38.4 del Real decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo (Ley de seguridad vial), que permite a los ayuntamientos regular el régimen de parada y estacionamiento de vehículos en las vías públicas. Pero el argumento principal viene siendo que lo resuelto es ya doctrina legal de la Sala⁸ establecida en la STS de 26 de diciembre de 1996.⁹ Ahora bien, si se repasa con cuidado aquella Sentencia, enseguida se percibe que el Tribunal Supremo nunca ha fundamentado su conclusión. La STS de 26 de diciembre de 1996, dictada en interés de ley, en ningún momento se ocupa de la tipificación municipal de infracciones y sanciones de aparcamiento. Aquella sentencia traía causa de la impugnación de una “medida cautelar” (retirada de un vehículo infractor del régimen de estacionamiento limitado) y de una liquidación tributaria (tasa por la referida retirada del vehículo mal estacionado). Y es en relación con esos dos tipos de actos administrativos de gravamen –y nunca en relación con sanciones administrativas– como el Tribunal Supremo aprecia la existencia de una Ley previa de “cobertura” (la Ley de seguridad vial). De hecho, en la mencionada STS ni tan siquiera se alude al artículo 25.1 de la CE o a la reserva de ley que impone este precepto. Nada hay aquí, por tanto, que guarde conexión lógica con la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE. Tenemos, pues, que en vasto grupo de casos la “flexibilización” de la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE carece, simplemente, de explicación.

b) En otras ocasiones, al Tribunal Supremo le basta con las *normas generales sobre la potestad sancionadora municipal* que se contiene en la legislación general de régimen local. En relación con una Ordenanza de aparcamiento dice la Sala de lo Contencioso-Administrativo que “la tipificación de las infracciones viene determinada genéricamente por la transgresión de la disposiciones de la Ordenanza reguladora del estacionamiento de vehículos, siendo a todas luces *innecesario que la Ley de régimen local tenga que descender a la tipificación de todas y cada una de las posibles infracciones de todas las ordenanzas municipales*”.¹⁰ Sentado

esto, la misma Sala considera que hay cobertura legal bastante para la tipificación de infracciones de aparcamiento en el artículo 4.1.f) de la LBRL (que simplemente atribuye potestad sancionadora a los ayuntamientos); en el artículo 2.1 k) de la LBRL, que asigna al Alcalde la competencia para sancionar por infracción de ordenanza; y en el artículo 59 del TRRL (que establece las cuantías máximas de las sanciones por infracción de ordenanzas)

c) Por último, como argumento más o menos explícito para la flexibilización de la reserva de ley aparece la referencia a la “relación especial de sujeción”. En el marco de estas relaciones especiales, el poder del ayuntamiento para regular el servicio llevaría aparejado también el poder de tipificar infracciones y sanciones sin necesidad de previa ley específica. Dice el Tribunal Supremo en 1991 que “la prestación del servicio público de auto-taxis por los particulares a los que se otorga licencia por las corporaciones locales se halla condicionado al cumplimiento de unas obligaciones por parte de los titulares de las licencias cuya inobservancia puede dar lugar a la revocación de la licencia, o la imposición de unas sanciones [...] sin que ello suponga que en estos supuestos de sujeción especial del titular de la licencia las infracciones y sanciones previstas tengan que tener una específica cobertura legal siendo suficiente que exista una norma de este rango por la que a la Administración se le faculta para organizar, regular, e intervenir en el funcionamiento del servicio público [...]”.¹¹

5. El otro grupo de sentencias –menos en número y normalmente más antiguas– refleja una apreciación más rigurosa de la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE. Considera esta jurisprudencia que la imposición de una sanción con la única base normativa de una Ordenanza municipal vulnera el derecho fundamental a la legalidad sancionadora. Esta jurisprudencia se expresa en relación con ordenanzas bien diversas. Tanto las ordenanzas de aparcamiento como las que regulan el servicio de auto-taxi, las que sancionan el consumo de alcohol en la vía pública, las que se ocupan del ruido urbano o las que regulan las actividades recreativas. Y desde el punto de vista del tipo de relación jurídica, el criterio jurisprudencial descrito está presente tanto en las llamadas “relaciones especiales de sujeción” como en las relaciones administrativas generales. La fundamentación de este grupo de sentencias difiere notablemente, eso sí, de las estudiadas más arriba. Primero porque el Tribunal Supremo sí hace referencia expresa a la jurisprudencia constitucional en torno a la tipificación reglamentaria, y proyecta esos criterios constitucionales sobre las ordenanzas sancionadoras. Y segundo porque en todas ellas

8. Así: STS 22 de septiembre de 1999 (Aranzadi 6728); 15 de julio de 2002 (Aranzadi 10136).

9. STS de 26 de diciembre de 1996 (Aranzadi 1233).

10. STS de 16 de julio de 1998 (Aranzadi 8381).

11. STS de 2 abril 1991 (Aranzadi 2862).

se diferencia entre la ley que atribuye competencia a los municipios de las leyes tipificadoras de infracciones y sanciones en ámbitos de competencia municipal. Estas notas generales están presentes, de forma más o menos clara, en todos los casos que a continuación se relacionan.

a) Varios son los casos en los que las ordenanzas sancionadoras enjuiciadas se referían a *conductas en lugares públicos o en la vía pública*. Así, una ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona sobre actividades recreativas;¹² también, una ordenanza de Sevilla que tipificaba el consumo de drogas en lugares públicos,¹³ y, por último, una ordenanza de Madrid que sancionaba el consumo de alcohol en la vía pública.¹⁴ En los tres casos la argumentación es sencilla y parca: la tipificación de infracciones y sanciones requiere previa ley; y no se identifica ley alguna que dote a la ordenanza municipal de esa cobertura legal. De ahí deriva, directamente, la ilicitud de la ordenanza sancionadora. Sólo en la tercera de las sentencias citadas la Sala de lo Contencioso-Administrativo se extiende algo más en su argumentación, afirmando que “la exigencia de ley en materia de sanciones administrativas [...] no puede suplirse con genéricas referencias a las competencias municipales sobre determinadas materias, al principio de autonomía de las entidades locales, con apoyo en los artículos 137 y 140 de la Constitución, a las competencias reglamentarias de tales entidades, o a otros extremos como el referido a las facultades de aprobar ordenanzas”.

b) En 1995, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo considera que, pese a existir una “relación especial de sujeción” en el caso (se trataba de una sanción impuesta al *titular de una licencia municipal de auto-taxi*) en todo caso era necesaria una cierta “cobertura legal” para imponer la sanción, no bastando la tipificación directa y *ex novo* en ordenanza municipal.¹⁵ Esta es la línea que se sigue, con una fundamentación más detenida, en la STS de 10 de febrero de 1997. Aquí, de nuevo en un caso de sanción a taxista, afirma el Tribunal Supremo que “No es conforme a esa concepción [de la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE] el minimizar la función de la reserva legal en los términos que acepta la sentencia recurrida, que [...] se conforma con la mera habilitación para la regulación del servicio, o la habilitación, en exceso genérica, para establecer sanciones por infracción de bandos y ordenanzas municipales”. Y sigue: “Una ordenanza municipal no puede ser fuente primaria de un ordenamiento sancionador, ni

aun en el ámbito de las relaciones de sujeción especial.”¹⁶

c) Enjuiciada la *Ordenanza municipal de ruidos* del ayuntamiento de Burgos, el Tribunal Supremo marca con claridad la diferencia entre la competencia para regular la materia (ruidos), la titularidad del poder sancionador [el que atribuye el artículo 4.f) de la LBRL] y el poder para tipificar concretas infracciones y sanciones, que sólo es posible previa ley específica.¹⁷ Dice la Sala de lo Contencioso-Administrativo que “una cosa es la potestad de autoorganización e incluso la *potestad sancionadora* [...] y otra la *potestad de definir infracciones administrativas* y regular y calificar las sanciones que a ellas corresponden, por escasas en su cuantía que ellas sean [...] sin que obviamente a ello obste el que la corporación tenga las *competencias* y potestades precisas para regular el régimen de ruidos y vibraciones [...]”.

d) Algo parecido resulta de varias sentencias referidas a sanciones municipales por infracciones de aparcamiento. Más arriba ya se describió el criterio mayoritario que, para este tipo de casos, contiene la jurisprudencia contenciosa. Pero de ese criterio dominante se desligan tres sentencias; una de 2000 y dos de 2001.¹⁸ Las tres sentencias disonantes entroncan con la doctrina constitucional general sobre la tipificación reglamentaria y concluyen que la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE no se satisface con preceptos que simplemente atribuyen competencia material a los órganos municipales. Expresamente se dice en la STS de 16 de mayo de 2001 que “ni el artículo 25 de la LBRL ni el artículo 7 de la LTCV suministran esta base normativa, por cuanto se limitan a establecer la competencia de los municipios en materia de ordenación del tráfico, sin tipificar infracción alguna o determinar su sanción”.¹⁹ Pese a que estas sentencias se dictan con vocación de generalidad, afirmando expresamente que corrigen la anterior jurisprudencia de la Sala, lo cierto es que luego, en 2002, la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo vuelva a su criterio dominante, el que minimiza o flexibiliza al máximo del alcance de la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE.²⁰

2.2. Propuestas doctrinales de flexibilización de la reserva de ley

6. Tal y como anunciamos más arriba, en los últimos años la doctrina jurídico-municipal más autorizada venía proponiendo una lectura flexibilizadora de la

12. STS de 25 de mayo de 1993 (Aranzadi 3815).

13. STS de 6 de noviembre de 1995 (Aranzadi 8164).

14. STS de 29 de mayo de 1998 (Aranzadi 5457).

15. STS de 13 de noviembre de 1995 (Aranzadi 8597).

16. STS de 10 de febrero de 1997 (Aranzadi 1407).

17. STS de 6 de febrero de 1996 (Aranzadi 1098).

18. STS de 10 de abril de 2000 (Aranzadi 3347); 16 de mayo de 2001 (Aranzadi 4849), y 16 de noviembre de 2001 (Aranzadi 10139).

19. STS de 16 de mayo de 2001 (Aranzadi 4849).

20. STS de 23 de enero de 2002 (Aranzadi 1846); y 15 de julio de 2002 (Aranzadi 10136).

reserva de ley sancionadora, en relación con las ordenanzas municipales. Se ha destacado por la doctrina, de un lado, la supervivencia en el ámbito local (y de ello sería muestra el artículo 55 del TRRL) de una comprensión negativa del principio de legalidad,²¹ comprensión ésta que difícilmente se acomoda a los rigores de la reserva de ley. Por otro lado, y poniendo ahora el acento en la singularidad constitucional de las entidades locales, en la doctrina también se ha propuesto una comprensión diferenciada de la reserva de ley sancionadora, cuando se proyecta sobre ordenanzas municipales. En ello nos detenemos a continuación. Tres son los argumentos, íntimamente conectados, con los que se fundamenta la flexibilización de la reserva de ley en el ámbito local:

a) Se ha insistido en la doctrina, en primer lugar, en que la Asamblea representativa local, el Pleno del ayuntamiento, tiene una legitimación democrática directa, a diferencia de los complejos organizativos titulares de la función ejecutiva en instancias superiores.²² Materialmente, por tanto, el Pleno del ayuntamiento sería equiparable a los parlamentos estatal o autonómicos, al tener la misma función, legitimación y lugar en el sistema institucional²³ que éstos. El criterio de la legitimidad democrática debería considerarse, entonces, un argumento de homogeneización a estos efectos.²⁴ El error estaría en la limitación de las asambleas locales a la función simplemente ejecutiva,²⁵ pues ello no sería acorde con el modo de elección democrática por el que se rigen las corporaciones locales,²⁶ como tampoco sería acorde con la atribución de una esfera propia de decisión, inviolable por el legislador estatal o autonómico y reconocida constitucionalmente a través de la fórmula de la autonomía local (artículos 137, 140 y 141 de la CE). De la premisa argumental descrita se concluye que el producto de la actividad de la Asamblea local, la norma local, no puede situarse en el mismo plano que los reglamentos emanados de las Administraciones, estatal o autonómicas, cuya legitimación democrática es de segundo grado. Las ordenanzas locales cumplirían el requisito de la reserva de ley desde una perspectiva institucional y democrática, pues operan en una esfera dotada de autonomía, manifestando y desarrollando un poder propio²⁷, sin subordinarse a otras normas procedentes del mismo ente, como sucede en el caso de los reglamentos ejecutivos.

b) La argumentación descrita se completa con una alusión general al fundamento teórico de la reserva de ley en la actualidad. Lejos de su sentido y finalidad tradicionales, la reserva de ley ha de fundamentarse en la intención del constituyente de garantizar el principio democrático en la regulación de ciertas materias, por su especial relevancia y afectación directa en los derechos de los ciudadanos. Esto se consigue gracias al establecimiento de un procedimiento que asegura el pluralismo político, en el seno de un órgano directamente representativo.²⁸ La reserva de ley pretende la transparencia del procedimiento legislativo y el respeto a las minorías.²⁹ Esta comprensión de la reserva de ley, vinculada al concepto democrático de ley, cierra el razonamiento en torno al carácter democrático (materialmente idéntico respecto al de las asambleas de las instancias territoriales superiores) de la Asamblea representativa municipal, que cumple así con los mismos requisitos que el legislador estatal o autonómico. Por lo que la ordenanza equivaldría plenamente a la ley formal a este respecto.

c) Por último, nuestra doctrina también llama la atención sobre los efectos que una reserva de ley estricta tendría para la nueva distribución territorial del poder. Pues, la colocación de la norma local bajo la reserva de ley formal comportaría una acumulación indebida de poder normativo en las instancias territoriales superiores.³⁰ Pudiendo llegar a desnaturalizar la autonomía local garantizada constitucionalmente.

2.3. La “doctrina constitucional” de la STC 132/2001, de 8 de junio

7. Sobre la jurisprudencia contenciosa descrita más arriba (*supra* 1), y conectando claramente con la doctrina de los autores en los últimos años (*supra* 2) ha irrumpido la STC 132/2001, de 8 de junio. Esta sentencia fue dictada con la decidida vocación de establecer la “doctrina constitucional” sobre el alcance del artículo 25.1 de la CE en relación con las ordenanzas tipificadoras de infracciones y sanciones. Por eso, a fin de establecer la “doctrina constitucional” sobre la cuestión, el asunto se abocó al Pleno del Tribunal. La doctrina establecida en esa Sentencia es doblemente eficaz y vinculante. Conforme al artículo 13 de la LOTC vincula, de un lado, a las dos salas del propio Tribunal Constitucional, que no podrán alterar unilateralmente la “doctrina constitu-

21. NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, 3.a ed., Tecnos, Madrid, 2002, págs. 123-124.

22. PAREJO ALFONSO, L., *La potestad normativa local*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 83.

23. GALÁN GALÁN, Alfredo, *La potestad normativa local autónoma*, Atelier, Barcelona, 2001, pág. 204.

24. AGUDO GONZÁLEZ, J., “La potestad normativa local”, en *Revista de Estudios Locales*, núm. 44 (2001), págs. 21-66 (pág. 38).

25. PAREJO ALFONSO, L., *La potestad normativa local*, pág. 87.

26. VV.AA., *El Derecho Local en la doctrina del Consejo de Estado*, BOE, Madrid, 2002, pág. 61.

27. GALÁN GALÁN, Alfredo, *La potestad normativa local*, pág. 228.

28. GALÁN GALÁN, Alfredo, *La potestad normativa...*, pág. 241.

29. PEMÁN GAVÍN, Ignacio, *El sistema sancionador español*, Cedecs, Barcelona, 2000, pág. 170.

30. PAREJO ALFONSO, L., *La potestad normativa local*, pág. 94.

cional” establecida en la sentencia del Pleno.³¹ Por otro lado, –y esta vez por exigencia del artículo 5.1 de la LOTC– la STC 132/2001 vincula directamente a la jurisdicción contenciosa. Al punto de que ha considerarse hoy sustancialmente corregida la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Luego volveremos sobre esto.

8. Dos son los ejes que permiten entender el alcance que en la STC 132/2001 se concede a la reserva de ley. Siguiendo una distinción propuesta por Viver³² para analizar el alcance de la jurisdicción constitucional, podemos afirmar ahora que la STC 132/2001 presenta una comprensión “horizontalmente” extensa pero “verticalmente” reducida de la reserva de ley sancionadora. Hay, de un lado, una comprensión amplia de la reserva, basada en un concepto también amplio de “sanción administrativa”. Pero esa reserva de ley “horizontalmente” extensa (porque se refiere a numerosos actos administrativos de gravamen) es luego poco exigente y tolera una amplísima colaboración tipificadora de las ordenanzas municipales. Tal y como acabamos de anunciar, la STC 132/2001 presenta una *comprensión amplia de las sanciones administrativas*, desde la perspectiva del artículo 25.1 de la CE. Sabido es que el concepto de sanción administrativa no presenta en nuestro Derecho, aún hoy, contornos claros.³³ Y que entre nosotros se viene defendiendo, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, una cierta reducción del concepto de sanción que excluya ciertas medidas administrativas gravosas como las suspensiones o revocaciones de licencias, entre otros supuestos.³⁴ Esta comprensión limitada del concepto de sanción (y, por tanto, de la reserva de ley sancionadora del artículo 25.1 de la CE) se expresa incluso en el voto particular del magistrado Garrido Falla que acompaña a la STC 132/2001. Pues bien, frente a estos planteamientos reduccionistas, el Tribunal Constitucional afirma con rotundidad el carácter sancionador de resoluciones administrativas que, como la enjuiciada en el caso, contienen un juicio subjetivo de reproche sobre un sujeto concreto. Es sanción, para el Tribunal, toda “decisión administrativa con finalidad represiva, limitativa de derechos, basada en una previa valoración negativa de la conducta del titular de la licencia a la luz de lo dispuesto en la ordenanza municipal”.³⁵ De ahí resulta un amplio sometimiento de las ordenanzas municipales a la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE. Allí donde una ordenanza prevé consecuencias jurídicas gravosas para quien incumpla los

mandatos o prohibiciones de las propias ordenanzas, estaremos ante sanciones sometidas al artículo 25.1 de la CE. Apenas quedarán fuera de la reserva de ley las medidas cautelares (pese a ser obviamente gravosas) y las multas coercitivas (que carecen de función propiamente retributiva).

9. En segundo lugar, la STC 132/2001 afecta decisivamente a la eficacia del concepto tradicional de “relación especial de sujeción”. La jurisprudencia constitucional venía declarando, desde el principio,³⁶ que incluso en las llamadas “relaciones especiales de sujeción” no se excluye radicalmente la vigencia de los derechos fundamentales; y entre ellos, el derecho a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 de la CE)³⁷. Esta doctrina venía calando también, poco a poco, en la jurisprudencia contenciosa. Lo que ahora expresa la STC 132/2001 no es un paso más en esa línea. Es una comprensión bien distinta del propio concepto de “relación especial de sujeción”. En la jurisprudencia constitucional antecedente se partía, como premisa de enjuiciamiento, de que ciertas relaciones o situaciones jurídico-públicas eran *per se* de “sujeción especial”. Y que esa calificación de la relación llevaba a matizar la eficacia de los derechos fundamentales del ciudadano. Distinto es el planteamiento metodológico de la STC 132/2001: no es la “naturaleza” más o menos especial de una relación jurídica lo que define el alcance de los derechos fundamentales. Es precisamente la Constitución, y especialmente sus preceptos relativos a los derechos fundamentales, quien en ocasiones limita –para ciertas relaciones o situaciones concretas– el alcance de los derechos fundamentales. Nada obsta para que a aquellas relaciones administrativas donde la Constitución modula la eficacia de los derechos fundamentales se les llame “relaciones de sujeción especial”. Pero esa denominación no tiene más que un valor explicativo: no es un *prius* de la interpretación constitucional sino una proposición explicativa de la Constitución. En palabras del Tribunal, “la categoría “relación especial de sujeción” no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos”.³⁸ Esta comprensión de las “relaciones especiales de sujeción” es muy relevante para las ordenanzas sancionadoras. Pues en el ámbito de los servicios públicos locales, regulados por ordenanzas, se vienen identificando tra-

31. Véase SANTOS VIJANDE, J., *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Comares, Granada, 1995, págs. 7 y 19 y ss.

32. VIVER I PI-SUNYER, C., “El proceso constitucional de amparo: tópicos, datos y propuestas de reforma”, en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002, pág. 1785 y ss. (pág. 1789).

33. Por todos, PEMÁN GAVÍN, J., *El sistema sancionador español*, pág. 33 y ss; NIETO, A., *Derecho Administrativo sancionador*, pág. 122 y ss.

34. PEMÁN GAVÍN, J., *El sistema sancionador español*, pág. 59 y ss.

35. STC 132/2001, FJ 3.

36. STC 2/1987, FJ 2, y desde luego a partir de la STC 69/1989, FJ 1.

37. En extenso y con precisión ejemplar, VALENCIA MARTÍN, G., *Derecho administrativo sancionador y principio de legalidad*, pág. 136 y ss.

38. STC 132/2001, FJ 4.

dicionalmente “relaciones especiales de sujeción”. Con la doctrina constitucional de la STC 132/2001 difícilmente se puede sostener ahora que las relaciones de servicio público –se denominen o no esas relaciones como “de sujeción especial”– implican una vigencia limitada del derecho fundamental a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 de la CE).

10. Hasta aquí, la doctrina constitucional de la STC 132/2001 es claramente favorable a una *comprensión amplia* de la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE. En principio, han de ser muchas las ordenanzas municipales sometidas al artículo 25.1 de la CE. Pero eso no implica una aplicación rigurosa del artículo 25.1 de la CE sobre todas esas ordenanzas. Precisamente la STC 132/2001 viene a flexibilizar notablemente la *intensidad* de la reserva de ley sancionadora. Siguiendo las categorías propuestas por Viver podríamos hablar aquí de una extensa eficacia “horizontal” del artículo 25.1 de la CE compensada con una limitada eficacia “vertical” de ese mismo precepto. Dos son los argumentos con los que el Tribunal Constitucional funda su concepción “verticalmente” flexible de la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE (en relación con las ordenanzas municipales). Primero, que los municipios tienen garantizada constitucionalmente autonomía para la gestión de sus intereses (artículo 137 y 140 de la CE); segundo, que las ordenanzas son dictadas por un órgano, el Pleno del ayuntamiento, con legitimación democrática directa. Ambos argumentos ya habían sido enunciados previamente en la STC 233/1999, referida a otra reserva de ley, la tributaria. En la STC 132/2001 se modulan aquellos fundamentos a las peculiaridades de la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE, que el propio Tribunal califica de “más rigurosa” que la tributaria.

11. La comprensión “flexible” de la reserva de ley sancionadora, en los términos peculiares ya expresados, se expresa por el Tribunal Constitucional de forma diferenciada para los tipos de infracción y para el catálogo de posibles sanciones. Ya con anterioridad venía distinguiendo la jurisprudencia constitucional entre la legalidad de las infracciones y la legalidad de las sanciones, y había expresado criterios diferenciados para medir la adecuación de los tipos de infracciones y sanciones a los mandatos del artículo 25.1 de la CE,³⁹ si bien primaba en esa jurisprudencia la vertiente material (tipicidad) del principio de legalidad sancionador. La STC 132/2001 profundiza en esa línea y distingue claramente el alcance de la reserva de ley en relación con las infracciones y con las sanciones.

a) Los *tipos de infracción* se pueden configurar directamente por ordenanza municipal. Tal y como afirma el Tribunal Constitucional, a la ley sólo se le exige “la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones”. Esos “criterios mínimos” no son tipos de infracciones: “no se trata de la definición de tipos –ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de ordenanza municipal– sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada municipio a la ora de establecer los tipos de infracción”.⁴⁰ A diferencia de los reglamentos gubernativos (del Estado de las comunidades autónomas), que sólo pueden desarrollar o modular previos tipos de infracción definidos por la ley, las ordenanzas municipales pueden definir directamente los tipos de infracción. Eso sí, en el marco de los criterios de disvalor previamente fijados en una ley. Queda aún por precisar qué son esos “criterios mínimos de antijuridicidad” a que se refiere la STC 132/2001. Y ya veremos más adelante la opción hermenéutica muy restrictiva adoptada por la Ley 57/2003.

b) Por lo que se refiere a la *predeterminación de las sanciones*, el artículo 25.1 de la CE sólo exige la existencia de una previa ley que establezca el catálogo de posibles sanciones municipales, en función de la gravedad de los ilícitos. Es la ordenanza municipal, por tanto, la que apareja concretas sanciones a los distintos tipos de infracción. No rige aquí la exigencia constitucional, expresada claramente por el Tribunal en relación con reglamentos gubernativos⁴¹ de que la ley predetermine directamente la posible sanción para cada tipo de infracción, en función de la gravedad de éste. Cuando se trata de sanciones municipales, a la ley sólo se exige *un catálogo o marco de posibles sanciones*, graduadas por la gravedad de los ilícitos. Se exige a la ley, por tanto, que precise si sólo caben sanciones pecuniarias u otro tipo de sanciones adecuadas al sector material de que en cada caso se trate (así, revocaciones o suspensiones de licencias y autorizaciones). Se exige a la Ley, también, que establezca distintos módulos de sanciones. Así, cuantías máximas y mínimas de multas para infracciones muy graves, graves y leves. Se trata aquí de una escala de posibles sanciones graduada en función de la gravedad de los ilícitos y no de elementos externos a la antijuridicidad de la conducta infractora. No se trata ahora, como era el caso del artículo 59 del TRRL y de la disposición adicional única de la Ley 11/1999, de un máximo de posible sanción en función de la población del municipio. La población puede ser un criterio relevante para la atribu-

39. En especial, STC 207/1990, FJ 3. Sobre ello, PAZ-ARES, C. y VELASCO CABALLERO, F., *Infracciones administrativas y autotartera en la sociedad anónima*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, pág. 51 y ss; y VALENCIA MARTÍN, G., *Derecho administrativo sancionador y principio de legalidad*, págs. 113 y 114.

40. STC 132/2001, FJ 6.

41. STC 207/1990, FJ 3.

ción de competencias, o incluso de poder sancionador, pero claramente irrelevante para medir la antijuricidad de una conducta. Téngase en cuenta, en todo caso, que el previo catálogo de sanciones que exige el artículo 25.1 de la CE es claramente objetivo; esto es, a la ley no se le exige una valoración de la gravedad de las posibles conductas infractoras; se le reclama, únicamente, que impida a los ayuntamientos fijar sanciones inadecuadas (por altas o bajas) a la gravedad de las infracciones. A cada ayuntamiento corresponde determinar, en el marco de los “criterios mínimos de antijuricidad” de la ley, las infracciones sancionables y su gravedad relativa. Pero una vez que una ordenanza tipifica una infracción, y la califica en su gravedad (como muy grave, grave o leve), las sanciones que predetermine la propia ordenanza sólo pueden ser las incluidas, de acuerdo con su gravedad, en el catálogo legal de sanciones.

2.4. Adecuación de la jurisprudencia contenciosa a la “doctrina constitucional” de la STC 132/2001

12. La “doctrina constitucional” de la STC 132/2001 ha tenido una acogida tardía en la jurisprudencia contenciosa. Tal y como se dijo más arriba, aún en 2002 se han dictado sentencias difícilmente compatibles con lo resuelto por el Tribunal Constitucional. Más aún, en la STS de 29 de septiembre de 2003⁴² la Sala de lo Contencioso-Administrativo viene a corregir –siquiera implícitamente– la previa STC 132/2001. Conviene que nos detengamos en la STS de 29 de septiembre de 2003. En el asunto litigioso se planteaba la conformidad constitucional de la Ordenanza de Zaragoza reguladora de la ocupación de la vía pública con contenedores. Esa ordenanza tipificaba infracciones y sanciones sin que existiera una cobertura legal específica; y precisamente por ello se planteaba su conformidad con el artículo 25.1 de la CE y con los artículos 127.1 y 129 LRJPAC. La Sala de lo Contencioso-Administrativo aborda la cuestión con expresa cita de la STC 132/2001. Pero en lugar de asumir llanamente la doctrina constitucional, considera que procede avanzar aún más en la línea flexibilizadora iniciada por esa misma sentencia constitucional. Y de esta manera concluir que en ciertos ámbitos de actuación municipal muy característicos no es exigible cobertura legal alguna para que las ordenanzas tipifiquen infracciones y sanciones.

13. El criterio del Tribunal Supremo está provisto, cierto es, de una argumentación prolija. Pero esa fundamentación no puede obviar la contradicción abierta con la doctrina constitucional, expresada en la STC 132/2001. El Tribunal Constitucional, ponderando los distintos

bienes e intereses constitucionales en juego (fundamentalmente, la garantía constitucional de la autonomía local y el principio democrático) había concluido que la flexibilización de la reserva de ley no puede llegar, en ningún caso, a que las ordenanzas locales tipifiquen infracciones y sanciones al margen de la ley. De esta manera, el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 de la CE) garantiza a todos los ciudadanos que ninguna sanción municipal tendrá como único fundamento una previa ordenanza local; que sólo cuando a la ordenanza preceda una ley que fije “criterios mínimos de antijuricidad” habrá plena conformidad de la sanción con lo mandado por el artículo 25.1 de la CE. Y lo que resulta de la Sentencia de 29 de septiembre de 2003 es una excepción, para ciertos supuestos, en el régimen del derecho fundamental a la legalidad sancionadora. Se refiere el Tribunal Supremo a ámbitos de actuación local donde estén presentes “competencias nucleares de los entes locales que llevan implícitas potestades de ordenamiento del uso del dominio (o eventualmente de organización de un servicio sí es exclusivamente local)”. El mismo Tribunal Supremo, consciente de que su criterio no casa con la doctrina constitucional, argumenta que para supuestos como los destacados no se han planteado aún ante el Tribunal Constitucional y que, por tanto, “debe culminarse o extenderse a tales supuestos la tendencia de la propia jurisprudencia constitucional a flexibilizar el principio de reserva de ley”. Así que, lejos de aplicarse al caso la doctrina constitucional sentada en la STC 132/2001, el Tribunal Constitucional identifica una “laguna” jurisprudencial y la integra con su propio criterio. Se pueden reproducir aquí las críticas a las “falsas lagunas”, bien conocidas en la metodología aplicativa.⁴³ Aludiendo a la falta de criterio previo para un caso concreto (identificación de la laguna) lo que se viene a afirmar es un poder propio no vinculado (integración de la laguna). Esta actuación es común a todos los órganos aplicativos; también al Tribunal Constitucional. Pero en casos como el presente es más que dudosa la existencia de una laguna. Más bien hay contradicción entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. La contradicción señalada es aún más clara si se singularizan los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo:

a) Se alude, por un lado, al catálogo de infracciones y sanciones como complemento necesario de la regulación sustantiva de las ordenanzas. De tal manera que carecería de toda eficacia el poder de regulación municipal si, paralelamente, los ayuntamientos no gozaran del poder de tipificar como infracciones las contravenciones a sus propias ordenanzas. El Tribunal Supremo,

42. Recurso núm. 5167/1998.

43. Por todos, LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaften*, 6.ª ed, Springer Verlag, 1991, pág. 401.

lejos de considerar que ésta es precisamente una consecuencia natural de la reserva de ley, en los términos fijados por el Tribunal Constitucional, afirma que “esta deficiencia de nuestro ordenamiento jurídico y de su sistema de fuentes aconseja una interpretación que permita obviar, en algunos supuestos de estricta competencia local y, por tanto, de potestades implícitas, la dificultad indicada, susceptible por otra parte de irrogar graves consecuencias en la medida en que da lugar a la impunidad de los infractores”. Se viene a insistir, con ello, en la confusión entre competencia material y poder sancionador, presente en la jurisprudencia mayoritaria de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Este argumento del Tribunal Supremo se apoya –con cita expresa– en el voto particular del magistrado Garrido Falla, quien insistía en la necesidad de las sanciones para dotar de eficacia a las ordenanzas municipales. Pero justamente esta invocación del voto particular, por parte del Tribunal Supremo, reafirma la contradicción con la STC 132/2001. Sabido es que, de acuerdo con el artículo 90.2 de la LOTC, los votos particulares expresan argumentos sostenidos en las deliberaciones y no acogidos por la mayoría del Tribunal. Se puede considerar, por ello, que el argumento de la inherencia del poder sancionador, una vez defendido por el magistrado Garrido Falla, fue rechazado por el Pleno. Y este argumento rechazado por el Tribunal Constitucional es el que retoma ahora el Tribunal Supremo.

b) También se alude por parte del Tribunal Supremo al principio de autonomía local (artículos 137 y 140 de la CE) y a la legitimación democrática de los ayuntamientos. Y de ahí se extrae una relajación máxima de la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE, en relación con las ordenanzas municipales. Ambos argumentos habían sido ya utilizados en la STC 132/2001; y justamente de su toma en consideración había resultado la “doctrina constitucional” flexibilizadora de la reserva de ley. Así que una vez considerados aquellos argumentos, queda vedado a cualquier órgano judicial su reutilización para llegar a consecuencias distintas de las establecidas, expresa y rotundamente, por el Tribunal Constitucional.

14. Ya ha quedado dicho que la jurisprudencia contenciosa no se atiene a la doctrina del Tribunal Constitucional. Y que de ahí pueden derivar vulneraciones del derecho fundamental a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 de la CE). En principio podría pensarse que esas hipotéticas lesiones podrían repararse mediante el recurso de amparo constitucional y con ello propiciar una corrección expresa, desde el Tribunal Constitucional, de la doctrina contenciosa. Este resultado,

aunque posible, no es, a partir de la Ley 57/2003, fácilmente imaginable. Porque el nuevo título XI de la LMMGL ya ha dado una cobertura legal genérica a todas las ordenanzas municipales. Así que ya no se pueden dar, al menos no fácilmente, verdaderos casos de sanciones basados únicamente en ordenanzas. Las ordenanzas municipales tendrán, en la normalidad de los casos, al menos la cobertura legal que ahora proporciona el título XI de la ley. Con ello, difícilmente se podrá hablar de sanciones y ordenanzas que, pese a carecer de toda cobertura legal, queden amparadas por la jurisprudencia contencioso-administrativa expresada en la STS de 29 de septiembre de 2003. No ha de haber ocasión, por tanto, para poner a prueba la conformidad constitucional de la jurisprudencia contenciosa.

3. El nuevo título XI de la de la LBRL como “cobertura legal” de las ordenanzas municipales

15. La doctrina constitucional de la STC 132/2001 dejaba dos cuestiones abiertas al legislador. Una, la necesidad de fijar “criterios mínimos de antijuricidad” sobre los que apoyar los tipos de infracciones y sanciones establecidos en ordenanzas. Y otra, la conveniencia de adecuar la reserva (legal) de ley de los artículos 127 y 129 de la LRJPAC. A ambas cuestiones ha dado respuesta el legislador estatal.⁴⁴ Pero la respuesta ofrecida por el legislador aun presenta cuestiones abiertas. Como sigue.

3.1. Singularización de las ordenanzas municipales en el régimen general de sanciones de la LRJPAC

16. Ya se había apuntado tanto en la jurisprudencia⁴⁵ como en la doctrina⁴⁶ que la modulación de la reserva de ley respecto de las ordenanzas, contenida en la STC 132/2001, sólo hablaba de la eficacia –limitada– del derecho fundamental a la legalidad sancionadora. Pero nada decía sobre el régimen legal de las infracciones y sanciones administrativas establecido en los artículos 127 y 129 de la LRJPAC. En especial, el artículo 129.1 de la LRJPAC exigía que fuera la ley quien tipificara las infracciones, y que las calificara de leves, graves y muy graves. Expresamente quedaba vedada a los ayuntamientos la posibilidad de tipificar nuevas infracciones o sanciones (artículo 129.3 de la LRJPAC). Ciertamente es que esa exigencia de ley en la tipificación de infracciones y sanciones ya no podía considerarse, después de la STC 132/2001, una exigencia *constitucional*; ni era defendible ya mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Pero

44. En este sentido ver: ALEGRE ÁVILA, J. M., “Potestad sancionadora y entes locales: El principio de legalidad sancionadora”, en *Revista de Estudios Locales*, núm. 71 (2004), págs. 28-36.

45. STS de 29 de septiembre de 2003, FJ 7.

46. GARCÍA ÁLVAREZ, G., “Sanciones y reserva de ley en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública* (2002), pág. 541 y la ss. (pág. 575).

seguía siendo un mandato legal vinculante para los ayuntamientos que hacía *ilegal* toda tipificación directa de infracciones y sanciones mediante ordenanza. A resolver esta situación se destina la modificación de los artículos 127.1 y 129.1 de la LRJPAC por medio del artículo 3 de la LMMGL. La reserva (legal) de ley establecida en esos preceptos ya no rige en relación con las ordenanzas sancionadoras

3.2. “Criterios mínimos de antijuricidad” en el artículo 140 de la LBRL

17. La segunda cuestión relevante es la forma en que el legislador estatal ha entendido la exigencia constitucional de que las ordenanzas municipales reposen sobre “criterios mínimos de antijuricidad” fijados por la ley. El legislador ha partido de dos postulados encadenados. Primero, que la exigencia de “criterios mínimos de antijuricidad” hace referencia a un elenco de criterios abstractos y amplios proyectables sobre cualesquiera ordenanzas, con independencia de la materia sobre la que versen. Y segundo, que tratándose de criterios de antijuricidad generales, aplicables sobre cualquier ámbito y materia de actuación municipal, había de ser el propio Estado quien fijase aquellos criterios de disvalor jurídico. Esos criterios mínimos de antijuricidad pasan a ser nuevas normas básicas del Estado al amparo del artículo 149.1.18. de la CE. Estos dos planteamientos encadenados merecen varias consideraciones.

18. El legislador estatal ha entendido que es a la propia ley estatal a quien incumbe, al menos en principio, satisfacer las exigencias de la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE. La Exposición de motivos de la LMMGL expresamente hace referencia a la STC 132/2001 y afirma que “no podía demorarse por más tiempo la necesidad de colmar la laguna legal que existe en materia de potestad sancionadora municipal en aquellas esferas en las que no encuentren apoyatura en la legislación sectorial”. Partiendo de esta premisa, los artículos 139 y 140 de la LBRL contienen un catálogo de criterios para la tipificación de infracciones administrativas en ordenanzas. En estos preceptos no se tipifican infracciones concretas; se aportan criterios para que los ayuntamientos formulen *ex novo* concretos tipos de infracciones en sus ordenanzas. Estos criterios se pueden sistematizar de la siguiente manera:

a) En primer lugar, la tipificación municipal queda constreñida a dotar de relevancia punitiva a las normas de conducta establecidas en las propias ordenanzas municipales. Habla aquí el artículo 139 de la LBRL del “incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas”.

Conforme a este primer criterio de tipificación hay que excluir toda posibilidad de que el ayuntamiento establezca sanciones allí donde no hay ordenanza. O que califique como sanción el incumplimiento de mandatos contenidos en normas estatales o de comunidades autónomas. Cabe, eso sí, que una misma norma local albergue el mandato de conducta (prohibición, deber, limitación) y la calificación de su incumplimiento como infracción administrativa.

b) Conforme al mismo artículo 139 de la LBRL, el catálogo de criterios que luego enuncia el artículo 140 de la LBRL sólo rige “en defecto de normativa sectorial específica”. De manera que estos criterios no impiden que el propio Estado o cada comunidad autónoma, cada uno en los límites de sus títulos competenciales, fijen otros “criterios mínimos de antijuricidad”, complementarios o distintos de los contenidos en el artículo 140 de la LBRL. Dado que el Estado actúa en virtud de un título competencial propio (artículo 149.1.18 de la CE) ningún obstáculo constitucional hay para que el propio Estado admita que sus criterios de antijuricidad son desplazables por las leyes sectoriales de las comunidades autónomas. No rige aquí, por tanto, la prohibición de legislación estatal puramente supletoria.⁴⁷ Pues en esta materia el Estado dispone de un título competencial específico (las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, conforme al artículo 149.1.18 de la CE), aunque en el ejercicio de esa competencia legislativa el propio Estado acepte el desplazamiento aplicativo de sus propias bases.

c) El catálogo de “criterios mínimos de antijuricidad” viene descrito, en realidad, en el párrafo segundo del artículo 140 de la LBRL. Es aquí donde se contienen verdaderos juicios de disvalor sobre la conducta de los ciudadanos. Pese a que el artículo 140.2 de la LBRL literalmente contiene criterios para la “clasificación de infracciones” (en muy graves, graves y leves) el contenido primario del precepto es, en todo caso, el juicio negativo o de disvalor sobre ciertas conductas contrarias a las ordenanzas municipales. Y sobre ese catálogo de juicios de disvalor actúan los criterios de clasificación de las posibles infracciones. Leído en esta clave, el artículo 140.2 de la LBRL selecciona como conductas tipificables las que contraviniendo los mandatos de ordenanzas municipales, supongan: a) perturbaciones en la tranquilidad o en el pacífico ejercicio de los derechos de otras personas o actividades; b) perturbaciones en la salubridad u ornato públicos; c) perturbaciones en el uso de un servicio o de un espacio público por parte de las personas con derecho a utilizarlos; d) perturbaciones en el normal funcionamiento de un servicio público, y e) daños ocasionados a los equipamientos,

47. STC 118/1996, FJ 6, y 161/1997, FJ 12.

infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio o de un espacio público.

d) El catálogo de “criterios mínimos de antijuricidad” extraído del artículo 140.2 de la CE se complementa con *dos criterios de graduación* de las infracciones. En primer lugar, para clasificar las posibles infracciones como graves o leves, la ordenanza municipal ha de atender a la “intensidad” de las perturbaciones o de los daños enumerados en el propio artículo 140.2 de la LBRL. Lógicamente, la ordenanza habrá de calificar como infracción leve aquella que no suponga una perturbación o un daño muy intenso. Y habrá de tipificar como infracción grave la conducta típica que presente un nivel de perturbación o daño cualificado.⁴⁸ El segundo criterio de graduación se contiene en el artículo 140.1 de la LBRL. Los tipos de infracción que fije la ordenanza municipal (a partir de los criterios generales establecido en el artículo 140.2 de la LBRL) habrán de clasificarse como muy graves cuando concurra un resultado muy perturbador o dañoso respecto de lo regulado en la correspondiente ordenanza municipal. Aquí el artículo 140.1 de la LBRL habla de “perturbación grave”, “impedimento” o “deterioro grave y relevante”. Con ello se dirigen juicios de reproche especialmente cualificados contra aquellas conductas contrarias a lo mandado en ordenanzas municipales de las que derivan algo más que “perturbaciones” o “daños”, ya fueran estos simples o intensos.

19. Tras la anterior exposición explicativa de los “criterios mínimos” de antijuricidad se pueden formular varias observaciones críticas. Ofrece alguna duda, en primer lugar, que los “criterios” para la tipificación de infracciones, contenidos en el nuevo artículo 140 de la LBRL satisfagan de manera general la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE. Y que doten de cobertura legal a cualesquiera ordenanzas sancionadoras. Hay que recordar que la STC 132/2001 no elimina la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE. Simplemente la modaliza: sustituye el mandato de tipificación por ley (luego completable por reglamento) por la admisión de tipificación en ordenanza, aunque en el marco de criterios legales de antijuricidad. Se puede cuestionar que el nuevo artículo 140 de la LBRL contenga criterios suficientes como para considerar satisfecha la reserva de ley. Pues el artículo 140.1 y 2 de la LBRL contiene criterios de tipificación –al menos formalmente– para cualquier posible contravención de las ordenanzas municipales. Los criterios descritos son tan amplios y comprensivos que abarcan todos los ámbitos de la actividad municipal; y, por tanto, todos los ámbitos de regulación por ordenanza. Pero considerar como “criterio mínimo de antijuricidad”, entre otros, la perturbación del normal funciona-

miento de un servicio público [artículo 140.2.d) de la LBRL] es tanto como dejar vacía de sentido la exigencia de reserva de ley del artículo 25.1 de la CE. Más parece que con los criterios fijados en el artículo 140 de la LBRL el legislador estatal ha cumplido con lo que a él incumbía: fijación de normas básicas sobre el régimen jurídico de la Administración local. Ha *colaborado* al cumplimiento de la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE. Pero no ha satisfecho plenamente esa reserva de ley, precisamente porque el título competencial invocado (artículo 149.1.18 de la CE) le impide ir más allá. Por eso, avanzando respecto de lo establecido en el artículo 140 de la LBRL, a las leyes sectoriales corresponde aún fijar “criterios mínimos de antijuricidad” en cada ámbito de actividad municipal. Sólo así se puede considerar cabalmente cumplida la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE. Al Estado o a las comunidades autónomas corresponde ahora, de acuerdo con la distribución competencial de materias, completar los criterios generales de tipificación establecida en el artículo 140 de la LBRL, adecuándolos a las características de cada concreto ámbito de actuación municipal. No se trata, aquí tampoco, de fijar tipos de infracción. Se trata de fijar criterios orientadores de la tipificación municipal en cada concreto ámbito competencial local. De prefigurar qué es relevante, para fundar un reproche de antijuricidad a efectos sancionadores, en el ámbito del transporte, de los residuos urbanos o de la ordenación del suelo. Tomemos como ejemplo el transporte urbano en auto-taxi. A la ley (en este caso de cada comunidad autónoma) corresponde decir si lo relevante –ante un posible incumplimiento de la ordenanza municipal reguladora de esa actividad– es la seguridad de los viajeros, la regularidad del servicio o las reglas de la competencia en el sector. Será a partir de esos criterios sectoriales mínimos, sumados a los criterios más generales contenidos en el artículo 140 de la LBRL, como cada ayuntamiento establecerá tipos concretos de infracciones por contravención de ordenanzas y los clasificará como muy graves, graves o leves.

3.3. Clases de sanciones

20. El artículo 141 de la LBRL establece los “límites” de las sanciones que pueden imponer los ayuntamientos. Con esos “límites” pretende el legislador estatal encauzar o condicionar la tipificación de las sanciones imponibles por la contravención de las ordenanzas municipales. Así quedaría satisfecha la reserva de ley que, también en lo atinente a la predeterminación de las sanciones, establece el artículo 25.1 de la CE. El artículo 141 de la LBRL

48. En este sentido, ver HERNÁNDEZ LÓPEZ, J., “Sobre la nueva potestad sancionadora municipal a la luz de la Ley 57/2003”, en la *Revista de Estudios Locales*, núm. 71 (2004), págs. 37-51 (pág. 46 y ss.).

fija esos límites sólo con carácter supletorio (“salvo previsión legal distinta”). Ello hace posible que el legislador sectorial, ora Estado ora comunidad autónoma, fije un catálogo distinto de posibles sanciones.

a) En primer lugar, sólo están previstas multas pecuniarias. Así que las ordenanzas municipales no pueden establecer –a menos que otra ley así lo disponga– sanciones de revocación o suspensión temporal de una licencia o actividad. Esta consecuencia es muy relevante si se repara en la frecuente utilización de las revocaciones y sanciones en los ámbitos sectoriales sometidos a regulación por ordenanza. Ciertamente es que en la mayoría de los casos las sanciones de revocación o suspensión tienen amparo directo en una ley sectorial. Pero en los casos en que así no fuera, no puede considerarse que el artículo 25.1 de la CE impide que las ordenanzas municipales se sirvan de estos tipos –no pecuniarios– de sanción.

b) El artículo 141 de la LBRL habla expresamente de “límites” de las sanciones municipales. Pero detrás de esta denominación se encuentra, con más propiedad, un catálogo graduado de “posibles sanciones” municipales: multas de hasta 3.000 € (para infracciones muy graves); multas de hasta 1.500 € (para las infracciones graves); y multas de hasta 750 € (para las infracciones leves). Con esta regulación satisface el legislador estatal –en lo que hace a la previa determinación de las sanciones– la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE. Puede afirmarse, incluso, que la doctrina constitucional ni siquiera exigía cuantías concretas para las posibles sanciones. La STC 132/2001, FJ 6, exigía a la ley, únicamente, que estableciera las “clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales”. Sea como fuere, lo relevante del catálogo de multas en el artículo 141.1 de la LBRL está en su graduación en función de la gravedad del ilícito, no en función de elementos externos a la conducta del infractor, como es el número de habitantes de cada municipio. Ha quedado derogada, en consecuencia, la disposición adicional única de la Ley 11/1999. Aquella disposición (que a su vez venía a derogar el artículo 59 del TRRL) fijaba la cuantía de las posibles multas, por infracción de ordenanzas, en función de la población del municipio en cuestión. Ese criterio, notoriamente disconforme con el principio de personalidad de las sanciones, ha quedado derogado por el artículo 141 de la LBRL. ■

**Evolución legislativa y jurisprudencial en torno
a la representación y defensa de las corporaciones
locales. Comentario a las últimas resoluciones
del Tribunal Supremo en la materia
(autos de 13 de marzo y de 19 de noviembre de 2003
y de 12 de febrero de 2004)**

Francisco Javier Nogales Romeo
Carlos Romero Rey
*Letrados del Gabinete Técnico
del Tribunal Supremo*

1. Introducción.
2. Modalidades en el ejercicio de la representación y defensa de las corporaciones locales.
3. Evolución jurisprudencial en torno a la representación de los entes locales en el recurso de casación. Comentario al Auto de 12 de febrero de 2004.
 - 3.1. Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956.
 - 3.2. Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998.
 - 3.3. La acreditación de la representación.
4. La indicación de un domicilio en Madrid a efectos de notificaciones: el Auto de 13 de marzo de 2003.
5. Incidencia del modelo de postulación elegido en el plazo para formalizar el recurso de casación: el Auto de 19 de noviembre de 2003.

1. Introducción

El artículo 68.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, determina que “Las entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos”, previsión que ha de entenderse referida no sólo a la iniciativa en cuanto al planteamiento de acciones judiciales, sino igualmente a la defensa de los intereses de la respectiva corporación frente a las pretensiones que en vía jurisdiccional puedan plantear los particulares u otras administraciones públicas.

La competencia para acordar el ejercicio de acciones judiciales y para la defensa de la entidad corresponderá, bien al Pleno, bien a la Alcaldía, según se estén ventilando materias de competencia plenaria o de competencia del alcalde¹ [artículos 22.2.j) y 21.1.k) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, por lo que hace referencia a los municipios].²

Una vez sentado lo anterior, interesa saber cómo se articula el ejercicio de tales acciones y la defensa de la entidad local, cuestión que no aparece expresamente regulada en la Ley de bases de régimen local con carácter general; a salvo lo dispuesto para los municipios de gran población, ya que la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, introduce un título X en la Ley 7/1985, de 2 de abril, relativo al régimen de organización de los municipios de gran población, que incluye un artículo 129 que regula la asesoría jurídica de estos municipios.³

Tampoco, por lo que hace referencia a los municipios de régimen común, el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local,⁴ es excesivamente elocuente al respecto, al limitarse, simple y llanamente, a remitirse a lo que al efecto disponga la Ley orgánica del Poder Judicial.

En este sentido, el artículo 551.3 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial,⁵ en la redacción

dada al mismo por la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, dispone:

“La representación y defensa de las comunidades autónomas y las de los entes locales corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas administraciones públicas, salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda. Los abogados del Estado podrán representar y defender a las comunidades autónomas y a los entes locales en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas y su normativa de desarrollo.”

Esta regulación, ya en la redacción originaria del artículo 447.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial, supuso un importante cambio de criterio con respecto a la situación normativa anterior, por cuanto, hasta ese momento, conforme al artículo 35.1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, la representación y defensa de las corporaciones locales correspondía a los abogados del Estado, “salvo que aquéllas designen letrado que las represente, o litiguen entre sí o contra la Administración del Estado o con otras corporaciones o instituciones públicas”.

Este cambio de criterio tuvo su reflejo igualmente y como no podía ser de otra forma en la normativa estrictamente local. Así, el artículo 221.2 del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales, señala:

“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54.4 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, y en el artículo 447.2 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la representación y defensa en juicio de los entes locales corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de los mismos, salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda”.

1. La competencia del alcalde para el ejercicio de tales acciones y para la defensa del ayuntamiento, en las materias de su competencia, ha de ejercitarse “incluso cuando las hubiere delegado en otro órgano, y, en caso de urgencia, en materias de la competencia del Pleno, en este supuesto dando cuenta al mismo en la primera sesión que celebre para su ratificación”.

2. En cuanto a las provincias, la respectiva distribución competencial en la materia entre el Pleno de la Diputación y el presidente y con arreglo a los mismos criterios antes señalados respecto de las entidades municipales, se contiene en los artículos 33.2.i) y 34.1.i) de la Ley de bases de régimen local.

3. El citado precepto dispone:

“1. Sin perjuicio de las funciones reservadas al secretario del Pleno por el párrafo e) del apartado 5 del artículo 122 de esta ley, existirá un órgano administrativo responsable de la asistencia jurídica al alcalde, a la Junta de Gobierno Local y a los órganos directivos, comprensiva del asesoramiento jurídico y de la representación y defensa en juicio del ayuntamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 447 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

“2. Su titular será nombrado y separado por la Junta de Gobierno Local, entre personas que reúnan los siguientes requisitos:

“a) Estar en posesión del título de licenciado en Derecho.

“b) Ostentar la condición de funcionario de administración local con habilitación de carácter nacional, o bien funcionario de carrera del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de doctor, licenciado, ingeniero, arquitecto o equivalente.”

4. El artículo 54.4 del citado texto legal dispone:

“En cuanto a la representación y defensa en juicio de las entidades locales, se estará a lo dispuesto por la Ley orgánica del Poder Judicial.”

5. Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, la regulación aparecía contenida en el artículo 447.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial, que disponía:

“La representación y defensa de las comunidades autónomas y las de los entes locales corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas administraciones públicas, salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda. Los letrados integrados en los servicios jurídicos del Estado podrán representar y defender a las comunidades autónomas en los términos que se establecerán reglamentariamente”.

2. Modalidades en el ejercicio de la representación y defensa de las corporaciones locales

Los preceptos que acaban de citarse confirman que, a diferencia de lo que ocurre con el Estado,⁶ la representación y defensa de las entidades locales no puede considerarse unívoca, sino que la misma puede admitir diversas modalidades:

- 1) Representación y defensa por letrados integrados en los servicios jurídicos propios de la corporación.
- 2) Representación y defensa a cargo de un abogado colegiado.
- 3) Los apartados anteriores no excluyen la posibilidad de conferir la representación a un procurador.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha venido declarando que la posibilidad de conferir tanto la representación como la defensa a un abogado colegiado constituye una “ventaja o facilidad procesal” y no una prohibición para la personación por medio de procurador.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1998 ha declarado:

“La primera cuestión a que se refiere la apelante que, por tener naturaleza procesal o adjetiva, ha de tratarse prioritariamente, se refiere a la pretendida representación procesal incorrecta de la corporación municipal al haber comparecido en este recurso por medio de procurador (con poder suficiente) asistido de letrado.

A juicio de la parte apelante, al tratarse de un ayuntamiento, la comparecencia debió tener lugar por medio de letrado de los servicios jurídicos municipales o por abogado colegial designado al efecto que, en ambos casos, representara y defendiera a la corporación. Se basa para ello en la redacción literal del artículo 447.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial, en cuanto dispone: La representación y defensa de las comunidades autónomas y de los entes locales corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas administraciones públicas, salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda. Los letrados integrados en los servicios jurídicos del Estado podrán representar y defender a las comunidades autónomas en los términos que se establecerán reglamentariamente. Del transcrito precepto la apelante deduce que no puede ser válida la comparecencia de un ayuntamiento por medio de procurador.

Frente a tal norma general de la ley orgánica, el artículo 33.1 de la ley reguladora de este orden jurisdic-

cional establece que, en el proceso contencioso-administrativo, las partes deberán conferir su representación a un procurador o valerse tan sólo de abogado con poder al efecto, constituyendo excepciones a tal principio la posibilidad de comparecer por sí mismos los funcionarios públicos cuando se trate del procedimiento especial en materia de personal (artículo 33.3) y que la representación y defensa de las administraciones públicas sea asumida por los abogados del Estado o por los letrados que designen las entidades que integran la Administración local o las corporaciones e instituciones públicas sometidas a la tutela del Estado o de una entidad local. Pero tales excepciones no significan prohibición de la comparecencia por medio de procurador, sino autorización para prescindir de ella. Del mismo modo que nada se opone a que el funcionario público que litigue en materia de personal pueda comparecer por medio de procurador, tampoco nada se opone a que asimismo pueda hacerlo una entidad local, eso sí, siempre que, además, unos u otras estén asistidos de abogado. En definitiva, ambas excepciones constituyen una ventaja o facilidad procesal que se otorga en tales casos, pero no pueden representar un obstáculo para el logro de la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 241 de la Constitución y que se traduce en el principio *pro actione* que debe inspirar a los tribunales.”

- 4) Representación y defensa por los servicios jurídicos de las diputaciones provinciales o de las comunidades autónomas.

Esta posibilidad, muy extendida en la práctica, encuentra su acomodo legal en el artículo 36.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, que enumera entre las competencias propias de la Diputación “La asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión”.

Tal competencia corresponde asimismo a las comunidades autónomas uniprovinciales ex artículo 40 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, algunas de las cuales han asumido vía normativa autonómica la posibilidad de que su Gobierno asuma la representación y defensa de los entes locales.⁷

- 5) Representación y defensa por el abogado del Estado.

Como antes dijimos, la previsión contenida en la anterior Ley jurisdiccional de 1956 con arreglo a la cual, de ordinario, la representación y defensa de las corporaciones locales correspondía a los abogados del

6. El artículo 1.1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas señala que “La asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio del Estado y de sus organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales, cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los abogados del Estado integra-

dos en el Servicio Jurídico del Estado, de cuyo director dependen sus unidades, denominadas *abogacías del Estado*”.

7. Por citar algunos ejemplos concretos, Decreto 32/1994, de 24 de marzo, de la Comunidad de Madrid; Decreto 99/1988, de 29 de septiembre, del Principado de Asturias, y Decreto foral 141/1986, de 23 de mayo, de la Comunidad Foral de Navarra.

Estado, fue suprimida con la Ley orgánica del Poder Judicial.

La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social incorpora una previsión dirigida a posibilitar el ejercicio por los abogados del Estado de la representación y defensa de los entes locales vía convenio de colaboración, al incorporar un segundo párrafo al apartado 3 del artículo 1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al estado e instituciones públicas, párrafo del siguiente tenor:

“Asimismo, los abogados del Estado podrán representar, defender y asesorar a las corporaciones locales en los términos que se establezcan reglamentariamente y a través de los oportunos convenios de colaboración celebrados entre la Administración General del Estado y las respectivas corporaciones o las federaciones de las mismas”.

Esta posibilidad igualmente se contempla ahora en el artículo 551.3 de la Ley orgánica del Poder Judicial, en la redacción derivada de la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre,⁸ que señala que los abogados del Estado podrán representar y defender a las comunidades autónomas y a los entes locales en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, antes citada.

3. Evolución jurisprudencial en torno a la representación de los entes locales en el recurso de casación. Comentario al Auto de 12 de febrero de 2004

3.1. Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956

El artículo 97.1 de la anterior Ley jurisdiccional, en la redacción dada al mismo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, establece que “Si el escrito presentado cumple los requisitos previstos en el artículo anterior (requisitos de forma a los efectos del recurso de casación) y se refiere a una resolución susceptible de recurso de casación, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional o del Tribunal Superior de Justicia lo tendrá por preparado y, dentro del plazo de cinco días, remitirá los autos originales. Al mismo tiempo emplazará a las partes para su comparecencia, mediante procurador en el plazo de 30 días ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo”.

Al amparo de este precepto, la Sala Tercera del Tribunal Supremo vino a sostener en un primer momento que la comparecencia de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales, por lo que ahora nos

interesa, ante el Tribunal Supremo en el recurso de casación no podía llevarse a cabo únicamente mediante los letrados de sus servicios jurídicos (como se deducía del contenido del artículo 447.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial), sino que se exigía ineludiblemente que se hiciera por medio de procurador.

Los razonamientos empleados por el Alto Tribunal, contenidos entre otros en el Auto de 8 de marzo de 1996, señalaban lo siguiente:

“Segundo. El precepto contenido en el artículo 447.2 de la vigente Ley orgánica del Poder Judicial, según el cual ‘la representación y defensa de las comunidades autónomas y las de los entes locales corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas administraciones públicas, salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda’, ha de coordinarse con lo dispuesto por el artículo 97.1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que impone la comparecencia ante esta sala tercera del tribunal supremo mediante procurador, para interponer y substanciar el recurso de casación.

“Es evidente que este último precepto constituye una norma especial respecto de la regla general que, sobre representación y defensa de las partes en el recurso contencioso-administrativo, se contiene en el capítulo III del título II de la ley de esta jurisdicción, ya que las partes que, según las disposiciones contenidas en este capítulo, pueden ser representadas por abogado con poder al efecto, han de comparecer, para interponer recurso de casación ante esta Sala del Tribunal Supremo, mediante procurador, sin que exista razón alguna, como examinaremos seguidamente, que justifique un trato singular para las comunidades autónomas y los entes locales.

“Tercero. La *ratio legis* del citado artículo 97.1 de la Ley de esta jurisdicción está en la necesidad de facilitar la comunicación del Tribunal de Casación (Sala Tercera del Tribunal Supremo) con las partes a través de los procuradores de los tribunales, quienes, al tener despacho en la propia sede del Tribunal, reciben en ésta las notificaciones, citaciones, emplazamientos o requerimientos y demás actos de comunicación, haciendo innecesario el empleo de otros medios permitidos pero que suponen un entorpecimiento en la substanciación del recurso de casación con riesgo de inseguridad y con pérdida de eficacia en la tramitación de dicho recurso.

“Si cualquier recurrente en casación no puede comparecer, por la razón indicada, representado por un abogado, carece de justificación permitir tal comparecencia a las comunidades autónomas o entes locales cuando la comunicación con éstos habría de llevarse a

8. Con anterioridad, el artículo 447.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial únicamente contemplaba esta posibilidad para las comunidades autónomas.

cabo a través de aquellos medios inidóneos para la mejor y más eficaz tramitación del recurso de casación, lo que constituiría un trato desigual que no se compadece con el principio de igualdad de las partes en el proceso.

“Cuarto. La diferente situación de los servicios jurídicos del Estado, con abogados permanentemente adscritos a este tribunal de casación y despacho en la propia sede, lo mismo que sucede con los miembros del Ministerio Fiscal, justifica que tanto aquéllos como éstos comparezcan en la tramitación y substanciación del recurso de casación, lo que tampoco sucederá cuando la representación y defensa del Estado, de sus organismos autónomos o de los órganos constitucionales se encomiende a un abogado colegiado ajeno a dichos servicios jurídicos.”

Posteriormente, la sala rectifica el criterio expuesto, a partir de las reuniones para la unificación de criterios de 11 y 18 de junio de 1996 y que se citan en diversos autos que abordan la materia.

A partir de ese momento, la comparecencia de las administraciones públicas en el recurso de casación podía llevarse a cabo, prescindiendo del procurador, mediante letrado de sus servicios jurídicos, que obviamente asumiría la representación y defensa de su respectiva corporación. Ahora bien, si la citada Administración decidía encomendar su defensa a un abogado colegiado, la representación, en todo caso, debía asumirla un procurador. Así se señaló, por ejemplo, en autos de 3 y de 12 de julio y de 18 de noviembre de 1996, de 8 de enero, de 16 de septiembre y de 1 de diciembre de 1997.

3.2. Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998

La vigente Ley jurisdiccional no incorpora, a diferencia de la anterior, reglas especiales referentes a la postulación de las partes en el recurso de casación, por lo que habrá de estarse a las normas generales de postulación contenidas en el capítulo III del título II, de la ley, que establece, como norma general (artículo 23.2), que las partes, en sus actuaciones ante órganos colegiados, deberán conferir su representación a un procurador y ser asistidas por abogado, remitiéndose, por lo que hace referencia a la representación y defensa de las administraciones públicas (artículo 24), a lo dispuesto en la Ley orgánica del Poder Judicial, Ley de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, así como en las normas que sobre la materia y en el marco de sus competencias hayan dictado las comunidades autónomas.

A pesar del nuevo marco normativo que, tal y como ya hemos dicho, no incorpora ningún precepto análogo al artículo 97.1 de la anterior Ley jurisdiccional, el Tribunal

Supremo continuó aplicando la doctrina elaborada al interpretar el referido precepto, considerando que era plenamente aplicable a la norma general de postulación contenida en el artículo 23.2 de la vigente Ley procesal.

En consecuencia, la representación y defensa de la corporación local por medio de letrado únicamente es posible si éste pertenece a sus servicios jurídicos (entendido como cuerpo o escala de funcionarios a los que está encomendada la defensa de la entidad). Por el contrario, si la defensa la llevaba a cabo un abogado colegiado resultaba preceptiva la representación por medio de procurador. Así se pronunciaba el Auto del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2003.

Recientemente, la sala, interpretando el artículo 447.2 de la anterior Ley orgánica del Poder Judicial y el artículo 221.2 del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales, ha modificado este último criterio permitiendo que las corporaciones locales puedan ser representadas y defendidas, sin perjuicio de las demás posibilidades de actuaciones anteriormente expuestas, por un abogado colegiado. Así se deduce del contenido del Auto de 12 de febrero de 2004, al estimar el recurso de súplica interpuesto por el ayuntamiento recurrente en casación –que compareció ante el Tribunal Supremo representado y defendido por abogado colegiado– contra la providencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo por la que se le requería para que en el plazo de diez días se personara con procurador debidamente apoderado, razonando al efecto el citado auto lo siguiente:

“[...] en consecuencia, el Ayuntamiento de [...] pretende actuar en el presente recurso de casación representado y defendido por un abogado colegiado, conforme autorizan los artículos 447.2 de la LOPJ y 221.2 del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre [...]”

3.3. La acreditación de la representación

El auto al que nos acabamos de referir, así como otro de 11 de septiembre de 2003, aborda otro problema de interés a los efectos que hoy nos interesan, cual es la acreditación de la representación, problema que afecta tanto a aquellos supuestos en que la representación y defensa va a ejercitarse por un abogado colegiado como a aquellos otros en que la representación se lleva a cabo por medio de procurador; no así cuando la postulación se encomienda a letrado de sus servicios jurídicos en que bastará aportar una certificación del secretario de la corporación acreditativa de tal extremo.

En los autos citados no basta el acuerdo de la designación por parte del órgano competente de la entidad local del procurador o abogado colegiado que habrá de representar a dicha entidad local, ni la correspondiente certificación del secretario de dicho acuerdo, sino que,

por el contrario, resulta exigible, además, el apoderamiento en legal forma con arreglo a lo previsto por el artículo 24.1 de la Ley de enjuiciamiento civil –aplicable supletoriamente a la jurisdicción contencioso-administrativa–, en relación con el artículo 1280.5 del Código civil, lo que presupone (según el Auto de 11 de septiembre de 2003) que “[...] la representación en juicio en un supuesto como el presente sólo cabe acreditarla con la escritura pública de poder (artículo 1280 del Código civil) o, alternativamente, por la comparecencia prevista en el artículo 281.3 de la LOPJ, sin que la fe pública que ostenta el secretario del Ayuntamiento conforme al artículo 92.3.a) de la Ley de bases de régimen local comprenda la autorización de poderes generales para pleitos, pues dicha función no está contemplada entre las que el artículo 2 del Real decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, de régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, asigna a la función de fe pública que corresponde a la Secretaría de las corporaciones locales”.

4. La indicación de un domicilio en Madrid a efectos de notificaciones: el Auto de 13 de marzo de 2003

La Ley de enjuiciamiento civil de 1881 establecía en su artículo 4 *in fine* que “Siempre que el interesado no se sirva de procurador designará en el primer escrito que dirija al juzgado o en su primera comparecencia un domicilio en la localidad donde tenga su sede el órgano jurisdiccional, en el que se practicarán todas las diligencias que hayan de entenderse con aquél”.

Esta exigencia, absolutamente razonable en la época en la que fue redactada la norma, no se ha mantenido en el texto de la vigente Ley procesal civil. A pesar de ello, el Tribunal Supremo la ha venido manteniendo, por entender, como señala el auto comentado, que “no es arbitraria o caprichosa, sino que responde a las exigencias del correcto y eficaz funcionamiento de la sala”.

Como argumento adicional para el mantenimiento de dicha exigencia, la sala hace notar que “respecto del recurso de apelación, la propia Ley de la jurisdicción dispone que en los escritos de interposición de dicho recurso, ‘los funcionarios públicos, en los procesos a que se refiere el artículo 23.3, designarán un domicilio para notificaciones en la sede de la sala de lo contencioso-administrativo competente’”.

Por lo tanto, y en definitiva, del auto que ahora comentamos, se desprende que cuando la representación de la entidad local no se otorga a un procurador, se deberá designar un domicilio en Madrid, sede del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones y otras diligencias. Y ello tanto cuando la representación corresponde a un letrado de sus servicios jurídicos o a un abogado colegiado.

5. Incidencia del modelo de postulación elegido en el plazo para formalizar el recurso de casación: el Auto de 19 de noviembre de 2003

El plazo para formalizar el recurso de casación ante la Sala Tercera del

Tribunal Supremo se contiene en una regla general y otra específica, y el modelo de postulación elegido por las corporaciones locales ante la sala de instancia (procurador, abogado colegiado o letrado de sus servicios jurídicos) es definitivo para aplicar una u otra regla.

La regla general es la contenida en el artículo 90.1 de la LRJCA, conforme al cual “Si el escrito de preparación cumple los requisitos previstos en el artículo anterior, y se refiere a una resolución susceptible de casación, se tendrá por preparado el recurso ordenándose el emplazamiento de las partes para su comparecencia e interposición del recurso dentro del plazo de treinta días ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo [...]”, lo que quiere decir que en estos casos la parte recurrente tiene un único plazo de treinta días para comparecer y a su vez interponer el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, computado dicho plazo desde el emplazamiento al efecto efectuado por la sala de instancia.

La regla específica es la contenida en el artículo 90.3 de la LRJCA, conforme al cual “Si el recurrente fuere el defensor de la Administración o el Ministerio Fiscal, en cuanto se reciban los autos se dictará diligencia de ordenación dándoles traslado de los mismos por plazo de treinta días para que manifiesten si sostienen o no el recurso y, en caso afirmativo, formulen el escrito de interposición [...], lo que significa que en estos casos la Administración o el Ministerio Fiscal recurrentes tienen también un único plazo de treinta días para comparecer y formalizar el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, pero en este caso computado no desde el emplazamiento efectuado a tales efectos por la Sala de instancia, sino desde el requerimiento efectuado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del propio Tribunal Supremo.

Muchas corporaciones locales, invocando antecedentes históricos, legislativos y parlamentarios, así como una interpretación ajustada a la realidad social actual, pretenden la extensión del privilegio procesal del artículo 92.3 de la LRJCA a todos los “defensores de la Administración”, en cualquiera de las formas previstas en el artículo 447 de la LOPJ (actualmente artículo 551.3 de la citada ley), alegando que tan defensor de la Administración es el letrado adscrito al Servicio Jurídico de la Administración local pertinente, como el abogado colegiado al que se encarga la defensa de un determinado asunto, lo que ha motivado la declaración de desierto de multitud de recursos de casación por no haberlos formalizado dentro del plazo de treinta días

conferido por las salas de instancia, ya que lo definitivo para aplicar la regla específica del artículo 92.3 de la LRJCA es que la corporación local haya sido representada y defendida ante la sala de instancia por el letrado que sirva en sus servicios jurídicos, y así lo establece la reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (entre otros, autos de 22 de mayo de 2000 –recursos 5859/99 y 6756/99–, de 20 y de 27 de noviembre de 2000 –recursos 3099/00 y 1139/00–, de 22 de enero de 2001 –recurso 569/00–, de 19 de febrero de 2001 –recurso 2407/00–, de 21 de mayo de 2001 –recurso 7019/00–, de 4 de junio de 2001 –recurso 1697/00–, de 11 de junio de 2001 –recurso 4797/00– y de 28 de enero de 2002 –recurso 8132/00–, de 3 de febrero de 2002 –recurso 2610/02– y de 24 de abril de 2003 –recurso 5508/02–, al decir:

“[...] Esta sala ha dicho reiteradamente que el artículo 92.3, al referirse genéricamente al “defensor de la Administración”, a diferencia del artículo 99.3 del texto anterior, que contemplaba únicamente al abogado del Estado, lo que hace es extender esta norma singular a todas las administraciones públicas cuando han actuado ante la sala de instancia representadas y defendidas por los letrados que sirven en los servicios jurídicos de las mismas –ex artículo 447 de la LOPJ–, no cuando, como aquí ha ocurrido, lo hacen confiriendo su representación a un procurador apoderado al efecto, pues en tal caso la Administración se encuentra sujeta, como cualquier otro litigante, a la carga de personarse y formular ante esta sala el escrito de interposición del recurso dentro del término legal del emplazamiento efectuado por el tribunal *a quo*, como con carácter general preceptúa el artículo 92.1 de la ley de esta jurisdicción.

“En otras palabras, el artículo 92.3 es una norma singular, referida exclusivamente a quien ostenta *ex lege* la representación y defensa de la Administración y actúa procesalmente en este doble concepto. Téngase en cuenta que atribuye la cualidad de ‘recurrente’ al propio ‘defensor de la Administración’, identificándolo con ésta, del mismo modo que lo hacía el artículo 99.3 de la ley anterior respecto del abogado del Estado, identificación que solo puede cobrar sentido referida a los letrados que, estando al servicio de la Administración pública, tienen como cometido específico ostentar la representación y defensa en juicio de la Administración en cuantos asuntos ésta sea parte [...].”

Por último, el más reciente Auto de 19 de noviembre de 2003 añade que, a efectos de aplicar el privilegio procesal del artículo 92.3 de la LRJCA, es irrelevante la forma de personación de la Administración local ante el Tribunal Supremo, razonando que “[...] lo decisivo para conferir el trámite previsto por el artículo 92.3 de la LRJCA, como se dijo, es que el recurrente en la instancia –quien prepara el recurso de casación– haya sido el ‘defensor de la Administración’, como así se desprende

de los autos de esta sala de 31 de marzo de 2000 y de 19 de abril de 2002 y del tenor literal del citado artículo, al establecer que el trámite contemplado en el mismo se conferirá ‘en cuanto se reciban los autos’, es decir, sin esperar a que la Administración se persone ante este tribunal, lo que evidencia que lo fundamental a estos efectos es cómo se haya comparecido ante la sala de instancia [...]”.

En conclusión, tanto si la corporación local ha comparecido ante la sala de instancia representada por procurador y defendida por abogado colegiado, como si ha otorgado su representación y defensa a un abogado colegiado, debe formalizar el recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo dentro del término legal del emplazamiento efectuado por el Tribunal *a quo*, como con carácter general preceptúa el artículo 92.1 de la LRJCA, y ello aunque ante el Tribunal Supremo se haya comparecido o se pretenda comparecer representada y defendida por el letrado de sus servicios jurídicos, pues sólo si éste ha asumido la representación y defensa de la corporación local ante la sala de instancia se aplicará la regla específica contenida en el artículo 92.3 de la LRJCA. ■

La defensa de las administraciones locales en pleito

1. Comparecencia y representación de las administraciones locales.
1.1. Requerimientos previos. 1.2. Legitimación y emplazamiento. 1.3. Régimen de presencia en sala.
2. Estrategias jurídicas.
2.1. El contexto de las decisiones jurídicas. 2.1.1. Planteamiento general. 2.1.2. El tiempo como factor de cálculo. 2.1.3. La importancia de los hechos. 2.2. Estrategias en el pleito. 2.2.1. Elección de acciones. 2.2.2. Iniciativas en el transcurso del pleito. 2.2.3. Actuaciones paralelas durante el proceso. 2.2.4. La respuesta a la demanda.

Eduard Paricio Rallo
Magistrado

Esta conferencia está pensada en términos poco tradicionales. En efecto, junto con materiales que se tratan desde una perspectiva jurídico-material, como los aspectos de comparecencia y representación de las administraciones locales ante los órganos jurisdiccionales, se abordan otras cuestiones que normalmente no son objeto de tratamiento, como sucede con las estrategias que las partes en general y las administraciones locales en particular adoptan –o tendrían que adoptar– al enfocar el conflicto judicial y al desplegar el proceso.

La sesión no pretende tener un carácter exhaustivo, ni tan sólo sistemático: solamente se trata de sugerir un marco de reflexión sobre temas que habitualmente no son objeto de estudio aplicado, un marco que ayude a construir un estilo propio.

1. Comparecencia y representación de las administraciones locales

1.1. Requerimientos previos

La defensa de las resoluciones administrativas y de los derechos de las administraciones no es algo disponible, como sucede en el ámbito privado. No rige en el ámbito público el principio de la autonomía de la voluntad. Las administraciones tienen la obligación indisponible de perseguir y defender el interés público, y si se parte del axioma de que la resolución administrativa encarna este interés público, la Administración no puede dejar de defenderse ante una impugnación judicial, porque esto equivaldría a una renuncia de la competencia.

Éste es el planteamiento del artículo 68 de la Ley de bases del régimen local y del artículo 175 del texto refundido de la Ley municipal y del régimen local de Cataluña: “Los entes locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para defender sus bienes y derechos.”

Desde un punto de vista orgánico, los artículos 22.2.j) y 21.1.k) de la LRBRL atribuyen la defensa en juicio de las administraciones locales al Pleno y al alcalde en el ámbito de sus respectivas materias, sin perjuicio de que el alcalde pueda asumir la competencia del Pleno en caso de urgencia. Esta competencia orgánica alcanza tanto al ejercicio de acciones como la defensa ante recursos interpuestos contra la actividad administrativa.

El acuerdo requiere un dictamen previo del secretario general de la corporación, asesoría jurídica, o de un letrado (artículo 54.3 del TRRL). Cabe tener en cuenta, sin embargo, que este precepto sólo impone el dictamen previo para el ejercicio de acciones, es decir, para la interposición de recursos jurisdiccionales en posición de recurrente, de manera que en sus términos literales no parece requerir el informe jurídico en los casos en los que se trata simplemente de defender a la Administración ante impugnaciones ajenas. En este sen-

tido, si como ha manifestado la jurisprudencia el dictamen tiene el sentido de evitar que las administraciones locales interpongan recursos de manera gratuita, no parece que esta precaución sea necesaria cuando se trata meramente de defender una resolución administrativa que disfruta de presunción de legalidad.

La jurisprudencia ha sido vacilante respecto de este requerimiento. La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2002 (ED 2002/65150) insiste en la necesidad de autorización del Pleno para interponer acciones judiciales en materias de su competencia y también en la necesidad del informe del secretario, aunque la ausencia de este requerimiento es subsanable en el transcurso del proceso de acuerdo con el principio de los artículos 45.3 y 138 de la LJCA y del artículo 11.3 de la LOPJ.

Por su parte, la STS de 25 de mayo de 2001 (ED 2001/32957) dispone respecto de la subsanabilidad de la ausencia del informe jurídico previo lo siguiente:

“[...] la jurisprudencia de esta sala ha venido matizando el requisito formal de acreditar la previa emisión del dictamen del letrado para el acuerdo del ejercicio de acciones por las corporaciones locales, estableciendo que la sola falta de presentación inicial no es causa de inadmisión del recurso contencioso administrativo, pudiendo subsanarse en cualquier momento, incluso de forma convalidante; que no es imprescindible cuando se trata de procesos a los que es traída la corporación en concepto de demandada o recurrida; que sólo ha de producirse en el ejercicio inicial de las acciones y no para los sucesivos recursos o instancias; que el informe o dictamen puede incluso formularse *in voce*, etc., pero lo que no ha dicho la jurisprudencia ni podía hacerlo –como finalmente no tiene más remedio que reconocer la recurrente– es que dicho requisito formal no sea ya exigible.

“En efecto, la necesidad de una previa opinión experta en Derecho para la adopción de acuerdos de las corporaciones locales, sobre el ejercicio de acciones, para la que se dan amplias facilidades (puede prestarla el secretario del ayuntamiento, los servicios jurídicos de asesoramiento municipal, cuando existen y en defecto de ambos, cualquier letrado), tiene por finalidad –aunque no sea vinculante– hacer más difícil que un órgano administrativo inicie un pleito irreflexivamente o sin conocimiento de lo que son sus derechos, el modo de ejercitarlos y las razonables posibilidades de obtener una respuesta favorable.”

1.2. Legitimación y emplazamiento

Legitimación

La legitimación de la Administración como demandada es automática en los términos del artículo 21.1.a) de la LJCA.

Por lo que se refiere a la condición de demandante, la legitimación de las entidades locales queda reconocida en el artículo 19.1.e) de la LJCA en relación con las resoluciones de otras administraciones públicas que afecten al ámbito de su autonomía. A parte, cabe tener en cuenta la legitimación general por interés legítimo del apartado 1.a), con la condición de que en este punto prima el principio *pro actione* que ha abonado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a propósito de las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo. A parte, el Tribunal Supremo ha admitido la legitimación municipal para defender no ya al Ayuntamiento en tanto que institución, sino los derechos colectivos de los vecinos en su calidad de consumidores y usuarios [STS de 1 de julio de 1985 (Aranzadi 3598/1985)].

Un aspecto interesante sobre la legitimación, aunque no referido a la posición procesal de las administraciones locales, es la admisibilidad de la legitimación de la Administración del Estado para impugnar resoluciones municipales. La cuestión se plantea en relación con los recursos que la Delegación del Gobierno interpone contra las resoluciones referidas a la jornada de los funcionarios locales, los aumentos retributivos o otras materias en que eventualmente se pueda haber infringido la legislación estatal. La duda surge respecto de la necesidad de que el Estado acredite no ya un simple interés a la legitimidad, sino una legitimación específica derivada de la presencia de un interés directo en la materia. En este punto, tanto la LJCA [artículo 19.1c)], como la LBRL (artículos 65, 66 y 67) someten la legitimación estatal a la presencia de un derecho o interés legítimo o al hecho de actuar en el ámbito de sus competencias. Cabe recordar que si bien el Estado tiene competencias básicas en materia de régimen jurídico de las administraciones locales, las competencias ejecutivas quedan atribuidas a la Generalidad de Cataluña, y el ejercicio del control de legalidad de las administraciones locales en relación con la legislación –sea estatal o autonómica– es una función ejecutiva. Así, pues, la defensa de la legalidad en relación con las resoluciones municipales podría quedar limitada bien al Ministerio Fiscal en cumplimiento de sus funciones constitucionales, bien a la Administración de la Generalidad en tanto que titular de la competencia ejecutiva en materia del régimen local, y sólo a la Administración del Estado en el caso de que la actuación municipal haya afectado a una competencia ejecutiva estatal.

Sin embargo, la jurisprudencia del TSJC ha tenido ocasión de tratar esta cuestión y ha admitido plenamente la legitimación estatal para impugnar acuerdos locales tanto en un caso que afectaba a competencias exclusivas del Estado como la referidas a explosivos (TSJC, Sección 3.ª, Sentencia de 10 de mayo de 2002, ED 2002/55992), como en un caso referido a la impugnación

de un acuerdo de selección de funcionarios que infringía los límites de ampliación de plantillas que impone la Ley de presupuestos del Estado (TSJC, Sección 4.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2001). En esta última sentencia, el Tribunal entiende que efectivamente no es suficiente el mero interés a la legalidad para legitimar al Estado, pero en este caso se constató una competencia estatal comprometida, que es la competencia de control del gasto público en materia de personal.

Emplazamiento

El emplazamiento a la Administración se entiende hecho por la reclamación del expediente administrativo (artículo 50 de la LJCA), y al mismo tiempo el ente local se entiende personado con el envío del mismo. Por tanto, la ley marca una diferencia entre la personación formal y la personación material, aunque la primera es válida a todos los efectos procesales.

Si la Administración no comparece ni formalmente ni materialmente, le corresponde la declaración de rebelde (artículo 496 de la LECi), que significa la tramitación del proceso en ausencia de la Administración y la notificación exclusivamente de la declaración de rebelde y de la sentencia definitiva. La posición de rebelde no equivale, sin embargo, a la del allanamiento o a la aceptación de los hechos de la demanda (artículo 496.2 de la LECi). En este punto es evidente una cierta contradicción entre el hecho que el proceso se tramite normalmente aunque una de las partes esté ausente, y el planteamiento del artículo 33 de la LJCA, que obliga al órgano jurisdiccional a resolver en el marco de los motivos y las pretensiones expresadas por las partes, y es así que si la Administración no contesta a la demanda, no hay motivos de oposición ni pretensión desestimatoria que pueda atender el órgano jurisdiccional. Así, pues, en este punto el órgano judicial tiene que alcanzar una posición subjetiva deduciendo una defensa hipotética de la Administración para resolver después objetivamente.

En el ámbito local hay que tener en cuenta, sin embargo, que el artículo 54.4 de la LJCA dispone que en los casos en que la Administración no haya remitido el expediente se le tiene que trasladar igualmente la demanda a los efectos de su personación o contestación, lo cual representa una excepción al régimen del artículo 54.1, según el cual no se admitirá la respuesta a la demanda sin aportar el expediente administrativo.

Necesidad de abogado y procurador. Virtualidad

Las funciones del abogado están definidas en el artículo 542 de la LOPJ, y consisten en “la dirección y defensa de las partes en los procesos y el asesoramiento o consejo jurídico”. Las funciones del procurador consisten en la “representación de las partes en los procesos” (artículo 543 de la LOPJ), unas funciones de escasa utilidad en el contencioso-administrativo teniendo

en cuenta la poca actividad probatoria –que, por otra parte, la busca y la proporciona usualmente o bien el órgano jurisdiccional o bien el propio abogado–, y la falta de actividad de los representantes procesales en ejecución de sentencia, ya que ésta corresponde a la Administración pública.

En términos generales, el artículo 23 de la LJCA, apartados 1 y 2, imponen la necesidad de un procurador para actuar ante órganos colegiados; es decir, ante el Tribunal Superior de Justicia, la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo. Así, pues, no hace falta un procurador en el recurso que se substancie ante los jueces contenciosos-administrativos y hay que entender que tampoco hace falta un procurador en la preparación del recurso de apelación ante el juzgado ni tampoco después si no hay prueba o conclusiones ante el TSJC, ya que no hay propiamente actuación ante el órgano colegiado, a pesar de tramitarse la apelación.

Cabe entender que en este punto no resulta de aplicación la posibilidad prevista en los artículos 23 y 31 de la LECi de prescindir de abogado y procurador en los procedimientos verbales de cuantía inferior a 150.000 pesetas, ya que en este punto la Ley jurisdiccional tiene un tratamiento propio que es el que se ha mencionado.

El régimen de representación de las administraciones públicas es, sin embargo, diferente del general. En efecto, el artículo 224 de la LJCA remite este régimen a la LOPJ, cuyo artículo 551.3 dispone que tanto la representación como la defensa de los entes locales podrá ser asumida por los letrados que sirvan en los servicios jurídicos propios (servicios que se han de entender en sentido amplio), a no ser que se designe a un abogado colegiado que los represente y defienda. Así, pues, se puede mantener perfectamente que las administraciones públicas no requieran un procurador ni tan sólo en las actuaciones ante un órgano colegiado. En este punto, el Tribunal Supremo había exigido en su momento la necesidad de un procurador por parte de las comunidades autónomas y administraciones locales para la comparecencia en los recursos de casación (auto del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1994), pero esta interpretación quedaba ligada a la concreta regulación del recurso de casación a la Ley jurisdiccional de 1956, y el caso es que la actual Ley jurisdiccional no menciona ninguna particularidad en relación con el régimen de representación en este recurso (artículos 90 y 92.3).

A parte, cabe remarcar que en la nueva redacción del artículo 551.3 de la LOPJ introducida por la Ley orgánica 19/2003 se admite la posibilidad de que el abogado del Estado asuma la defensa de las entidades locales, circunstancia que queda sometida inicialmente a la firma de un convenio de colaboración (Real decreto 997/2003).

1.3. Régimen de presencia en sala

Inicialmente, el uso de toga sólo está previsto para abogados y procuradores (artículo 1187 de la LOPJ). En el conflicto que en su momento plantearon los graduados sociales sobre esta cuestión, el Tribunal Constitucional puso de manifiesto que la toga, que es “un instrumento puesto al servicio de la dignificación del acto procesal y, en general de la función judicial”, se tiene que entender como un símbolo referido a los licenciados en Derecho (STC 2/1995), lo que abre la posibilidad de extenderla a funcionarios municipales no abogados.

Respecto a la situación en estratos, no hay una diferencia entre los profesionales a partir de la actual LOPJ (artículo 187.2).

En relación con la actuación en pleito de los letrados o defensores en procedimientos judiciales cabe mencionar el régimen establecido en el Estatuto general de la Abogacía (Real decreto 658/2001), que remarca la obligaciones “la probidad, lealtad y veracidad en cuanto al fondo de sus declaraciones o manifestaciones y el respeto en cuanto a la forma de su intervención” (artículo 36), y las obligaciones respecto a la indumentaria y protocolo previstas en el artículo 37:

“1. Los abogados comparecerán ante los tribunales vistiendo toga y, potestativamente birrete, sin distintivos de ninguna clase, salvo el colegial y adecuarán su indumentaria a la dignidad y prestigio de a toga que visten y al respeto a la justicia.

“2. Los abogados no estarán obligados a descubrirse más que a la entrada y salida de las salas a que concurran para las vistas y en el momento de solicitar la venia para informar.”

Finalmente, cabe remarcar la obligación general de guardar respeto (artículo 553 de la LOPJ y artículo 186 de la LECi).

2. Estrategias jurídicas

2.1. El contexto de las decisiones jurídicas

2.1.1. Planteamiento general

El Derecho es una ciencia especulativa. Su lógica interna no funciona en los términos de un silogismo exacto en el que, una vez dada la premisa mayor –la norma– y la premisa menor –el supuesto de hecho en cuestión–, el resultado o la consecuencia jurídica sea algo mecánico, por mera subsunción de los hechos en la norma. Ésta es una ilusión del racionalismo cartesiano que se ha demostrado imposible ante un cuerpo social sumamente inestable y a menudo imprevisible. El ejercicio del Derecho no es exacto, es esencialmente convicción, seducción, retórica. A cada conflicto se le pueden encontrar varias soluciones válidas. Es esta circunstancia la que explica las contradicciones que solemos encon-

trar en las actuaciones administrativas y en la jurisprudencia.

A esta situación se añade en nuestro caso que el Derecho público está sometido a una progresión vertiginosa. La rápida sucesión legislativa, el remiendo normativo puntual y coyuntural, la abundancia de pronunciamientos jurisprudenciales novedosos, la variedad de materias o ramas del Derecho administrativo y su densidad son factores que dificultan la consecución de uno de los hitos del Derecho, que es su sencillez y estabilidad. Por ahora, los sujetos del Derecho público tienen razones para desconfiar de un Estado de derecho que no siempre les puede avanzar cuál será la última palabra en un conflicto jurídico, al menos con el mismo grado de seguridad que en otras ramas como el Derecho civil o social.

Así, pues, los juristas especializados en Derecho público nos tenemos que mover necesariamente en un contexto variable, contradictorio y difícilmente aprehensible.

En esta situación, lo que se puede pedir son posicionamientos y construcciones jurídicas no ya exactos, sino meramente plausibles, como señala el profesor Alejandro Nieto. No podemos avanzar con seguridad cuál será el resultado del conflicto una vez pronunciada la sentencia definitiva, pero un enfoque adecuado y una construcción argumental plausible es la mejor forma –la única forma– de aproximarse al éxito final.

Una de las cuestiones que surge en esta situación es la necesidad de redefinir el paradigma de lo jurídico dentro de la Administración. Es perceptible en este sentido un cambio que se ha ido imponiendo en las dos últimas décadas, en las que hemos pasado de una situación en la que el planteamiento jurídico era absolutamente determinante en la toma de decisiones administrativas, a una situación de relativización del factor jurídico. Varios factores han incidido en este fenómeno, desde la falta de respuesta judicial inmediata de la acción administrativa antijurídica, hasta la irrupción de una nueva cultura gerencialista que ha estigmatizado los planteamientos jurídicos y burocráticos en general, planteamientos que se han identificado como la causa del funcionamiento no eficaz del aparato administrativo.

Sin embargo, el comportamiento jurídico es, en primer lugar y por encima de todo, el único comportamiento político aceptable. En efecto, cuando se cuestiona la aplicación de los requerimientos que impone la Ley de contratos, se olvida una obviedad: que esta ley no es un invento gratuito de los burócratas sino voluntad de los ciudadanos expresada en una ley parlamentaria. Por otra parte, el factor de eficacia inmediata se enfrenta aquí no a un comportamiento burocrático de origen irracional, sino a factores políticos y éticos como la transparencia, el control de la corrupción, la igualdad

de trato de los contratista, incluso al acierto en la elección del mejor contrato más eficaz.

Sea como sea, la cuestión es que incluso desde un punto de vista estrictamente managerial, hay que prestar mucha atención a los planteamientos jurídicos. El costo de los fracasos judiciales suele ser muy alto y no sólo en términos de autoridad sino también en términos estrictamente económicos. Es suficiente con fijarse en cuál es el costo acumulado de las sentencias contrarias al cabo del año para una Administración de dimensión media, el volumen de los recursos económicos que representan las de dimensión media, el volumen de los recursos económicos que representan las sentencias perdidas.

Por tanto, es necesario que dentro de la organización administrativa se reflexione sobre la estrategia jurídica; que se incorpore conscientemente el componente jurídico al sistema de producción de resoluciones y servicios públicos. Por otra parte, hay que meditar cuál es esta política jurídica, en el bien entendido de que nada puede garantizar –como ya se ha dicho– un resultado seguro. Así, pues, las estrategias se tendrán que dirigir a un objetivo más modesto, que es el de minimizar la cantidad y el costo –en términos económicos y de autoridad– de los fracasos judiciales.

Es evidente que en esta línea los planteamientos se tienen que orientar en direcciones bien diversas. En relación con el diseño de la actividad administrativa, cabe pensar cómo se incorporan las precauciones jurídicas necesarias en los procesos de toma de decisiones, cómo se asumen los riesgos para minimizar la posibilidad de fracaso o los efectos de este fracaso. El otro aspecto esencial en esta mirada introspectiva que se tiene que plantear la Administración es la defensa en pleito de la corporación, y aquí estriba el objeto de esta intervención.

2.1.2. El tiempo como factor de cálculo

El Derecho es esencialmente conflicto en la visión clásica de Lhering, y uno de los primeros factores de decisión que cabe abordar ante la perspectiva de un conflicto jurídico es el tiempo que costará llegar a la solución. La elección se plantea entre el largo plazo –que acostumbra a ser la alternativa que elige conscientemente o inconscientemente la Administración– y la solución inmediata o a corto plazo. Pues bien, tradicionalmente el proceso jurídico largo ha beneficiado objetivamente a la Administración, y ésta ha sido normalmente la opción administrativa ante la alternativa de una solución pactada y extra-judicial. La regla de ejecución inmediata de la resolución impugnada, el régimen jurídico de los intereses de demora, y el mismo hecho de colocar ante el órgano jurisdiccional una situación consolidada hace ya años, son factores que favorecen la elección de la solución judicial de los conflictos.

Ahora bien, cabe tener en cuenta que la aparición de una sentencia contraria al cabo del tiempo provoca también graves dificultades a la Administración en la medida en que le impide reaccionar. Así sucede en supuestos como el error de identificación del sujeto pasivo tributario o en la liquidación del tributo, cuando la sentencia se emite una vez pasado el plazo de prescripción de la acción para liquidar, y ya no es posible una nueva liquidación de acuerdo con la sentencia. En el mismo sentido, la declaración de caducidad del procedimiento o la anulación de la resolución por razones formales cuando, por prescripción de la acción, ya no es posible instruir uno nuevo.

Los intereses

Otro factor a tener en cuenta cuando se trata de la duración del conflicto es el régimen de los intereses, un régimen que inicialmente favorece mucho a la Administración, aunque esto está evolucionando rápidamente.

En el ámbito administrativo, el régimen de los intereses viene definido en la Ley general presupuestaria de forma radicalmente dispar según si se trata de intereses a favor de la Administración o bien intereses a favor del ciudadano. En el primer caso, el artículo 36 (artículo 17 de la Ley 47/2003) determina que el *dies a quo* del cómputo de intereses es el mismo en que vence la deuda; es decir, el momento en que éste resulta susceptible de reclamación. Contrariamente, cuando la deuda se establece a favor del ciudadano, el artículo 45 (artículo 24 de la Ley 47/2003) establece la meritación de intereses a partir del momento en que el afectado los reclame una vez pasado el período de tres meses desde la notificación de la resolución judicial o administrativa que reconoce la deuda.

Este régimen desigual y tan favorable a la Administración no encuentra fundamento en ningún interés público específico. Por esto, el Tribunal Constitucional se ha planteado su admisibilidad jurídica. En este sentido, la Sentencia de 15 de septiembre de 1997 (STC 141/1997) establece que la tutela judicial efectiva requiere que la sentencia “conduzca al reestablecimiento pleno del derecho del actor hasta la *restitutio in integrum*, cuya función cumplen los intereses de demora”. En este sentido el Tribunal Constitucional entiende “que interpretando el artículo 45 de la Ley general presupuestaria en su aspecto temporal del *dies a quo* para el pago de los intereses a los contribuyentes [...] son equiparables por exigencia del artículo 14 de la CE, la posición de los contribuyentes frente a la hacienda pública a la de ésta como acreedora”. En esta línea, se entiende que la equiparación en la posición jurídica de ambas partes es “una exigencia material de la justicia”, de forma que “una vez perfeccionada la relación jurídica, cualesquiera que fuera la naturaleza pública o privada y su origen o fuente [...] la hacienda es ya uno de sus suje-

tos activo o pasivo, sin una posición preeminente ni prerrogativa exorbitante alguna”.

Ciertamente, la sentencia referida acaba anulando el trato diferente y privilegiado que la Administración tenía en el artículo 921 de la vieja Ley d'enjuiciamiento civil respecto a la acreditación de los intereses, ya que aquél era el precepto en relación con el cual se planteó la cuestión de constitucionalidad. Pero no es menos cierto que la argumentación es en sus propios términos aplicable al juego de los artículos 36 y 45 de la Ley general presupuestaria (actualmente, artículos 17 y 24).

A parte de las peculiaridades del régimen administrativo de los intereses —que, como se ha visto, ha quedado reconducido a una situación de igualdad de las partes—, el ordenamiento común establece dos requisitos diferentes: uno, referido a los intereses por demora procesal —artículo 576 de la LECi y 106 de la LJCA—, que establece la meritación de los intereses de forma automática y sin necesidad de pretensión específica formulada en el planteamiento del proceso, y un régimen de intereses cuya función no es ya la de dar apoyo al cumplimiento de la sentencia, sino al mero mantenimiento del valor de la deuda. Éste es el régimen establecido en el artículo 1108 de la Código civil, que reconoce el derecho del creditor al interés pactado o en su defecto al interés legal contado desde el mismo momento de la meritación. La procedencia de este último interés venía tradicionalmente establecida sobre la base de que la deuda estuviera vencida, líquida y exigible. No obstante, recientemente tanto la jurisprudencia civil (STS de 5 de marzo de 1992) como la jurisprudencia administrativa han matizado la exigencia de liquidez de la deuda principal como requerimiento necesario para la meritación de intereses. En este sentido se han pronunciado la Sentencia de la Sala Contenciosa-Administrativa del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1997 al establecer que “el tradicional principio de *in iliquidis non fit mora* exige un adecuado replanteamiento en sus efectos, mitigando la rigidez y automatismo de su aplicación indiscriminada a todos aquellos supuestos de no-coincidencia de la cantidad que se demanda con la que otorga la sentencia, en cuanto que esta no viene a constituir un derecho que se impone a los litigantes, sino a declarar unos derechos que asisten al acreedor y que solo se concretan en su extensión cuantitativa”. Este planteamiento, que ha sido acogido por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 5.ª, 564/1997 y 988/1997, entre otras), entiende perfectamente aplicable al ámbito administrativo el régimen de intereses del Código civil. En este sentido establece que “la aplicación del artículo 1108 del Código civil constituye el elemento determinante para el reconocimiento de la obligación, pues si esta consiste en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurre en mora, la indem-

nización de daños y perjuicios consiste en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal”.

Por otra parte, cabe constatar una progresiva aproximación del régimen de los intereses meritados contra la Administración en determinadas instituciones, como en materia de devolución de ingresos indebidos, en que el merítamento se produce desde el mismo ingreso indebido (artículo 32 de la LGT); en materia de contratos, o se prevé un interés legal más 1,5 puntos automático a los dos meses de la certificación de obras o del final del contrato; o en materia de responsabilidad patrimonial, en que el artículo 141 de la Ley 30/1992 prevé la actualización de la compensación a la fecha de la resolución que reconozca la indemnización.

En definitiva, la actualización de la deuda y la aplicación del interés legal desde el mismo momento en que se meritó la deuda principal no es sino consecuencia de los principios de enriquecimiento injusto y de *restitutio in integrum*, pues la depreciación de la cantidades debidas se ha producido desde el mismo momento de su meritación, y no desde el momento en que se dicta la sentencia de instancia.

La cuestión es que estos nuevos planteamientos respecto a los intereses hace que sea necesario repensar la conveniencia de mantener pleitos de larga duración en casos en los que haya serias dudas sobre la prosperabilidad de la posición municipal.

2.1.3. La importancia de los hechos

El proceso contencioso-administrativo siempre ha estado marcado por un predominio del debate jurídico sobre el debate de los hechos. Tanto los escritos de las partes como las mismas sentencias han centrado tradicionalmente el debate sobre los fundamentos jurídicos, con poca atención a los hechos. En este punto se puede percibir una clara diferencia respecto de las demandas civiles o penales, que ponen el énfasis en los hechos.

Sin embargo, y como ya se ha apuntado, el debate jurídico es poco predecible en su resultado. En este contexto, poner un mayor énfasis en los hechos ayuda a cerrar el campo de la especulación jurídica y a acotar la futura sentencia. Si, como ya se ha dicho, el Derecho es esencialmente seducción, quizá a menudo es más fácil obtener la adhesión del órgano judicial a partir de los hechos que a partir de los argumentos legales.

Este olvido de los hechos no es una cuestión exclusiva de las partes en el proceso, sino que también las sentencias incurrir a menudo en esta carencia. En este punto cabe llamar la atención sobre el hecho de que muy pocas sentencias contencioso-administrativas fijan los hechos probados cuando el artículo 248.3 de la LOPJ y el artículo 209 de la LECi son muy claros al establecer esta obligación. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

se queja de esta situación en la Sentencia de 31 de octubre de 2001 (RJ/2002/780):

“Y porque esto ocurre con relativa frecuencia, debemos recordar una vez más que el que las sentencias deban contener una relación de hechos y, en su caso, de los que se declaran probados es tan necesario como conveniente lo cual, después de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero (RCL 2000/34), de enjuiciamiento civil (supletoria en nuestra jurisdicción), debe hacerse por imperativo legal (cfr. artículo 208, núm. 2.º).”

El juego de las presunciones jurídicas

Ahora bien, la conveniencia de poner más énfasis en el planteamiento y determinación de los hechos no es solamente una recomendación estilística o una forma de evitar la pura especulación jurídica. Para la Administración los hechos alcanzan una importancia esencial, ya que disfruta de un sistema de presunciones jurídicas que favorece su posición de forma notoria cuando el debate se sitúa en los hechos. En efecto, el ordenamiento prevé una serie de presunciones a favor de las administraciones públicas, entre la que cabe destacar las siguientes:

–Presunción de validez de los actos administrativos (artículo 57 de la Ley 30/1992).

–Quien hace valer un derecho ante la Administración tributaria ha de probar sus elementos constitutivos (artículo 105 de la LGT).

–Presunción de veracidad y valor probatorio de los hechos constatados por funcionarios públicos que tengan la condición de autoridad (artículo 137 de la Ley 30/1992).

–Valor probatorio de todas la diligencias extendidas en los procedimientos tributarios (artículo 107 de la LGT).

–Valor probatorio de los registros administrativos (artículo 16 de la LRBRL en relación con el padrón de habitantes, artículo 108.3 de la LGT en relación con cualquier registro público...).

–La recurrente tiene que probar el presupuesto de hecho de la norma que invoca (artículo 1214 de la Código civil). Muestra de aplicación de este principio en el ámbito contencioso-administrativo es la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1999, Rec. 190/1993, que establece lo siguiente: “Esta sala ha venido entendiendo que cada parte soporta la carga de probar los datos de hecho que integran el supuesto de la norma, cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor.”

Estas reglas sólo ceden o se equilibran ante supuestos específicos como la presunción de inocencia del inculcado en relación con procedimientos sancionadores, la sumisión de la presunción de validez de los actos y resoluciones administrativas a la condición de que estén suficientemente motivados (STS de 10 de marzo de 2001 y de 9 de marzo de 1995), o la regla de la facilidad probatoria (STC 140/1994), que hace que sea la parte

que dispone fácilmente de los medios probatorios correspondientes la que corra con la carga de la prueba.

Pero bien, en términos generales, la Administración queda protegida por el juego de presunciones mencionadas, de manera que si el ciudadano recurrente no acredita lo contrario, el proceso se tendría que resolver a favor de la presunción de legalidad de la resolución impugnada, sin más. Por esto interesa mucho a la Administración el debate sobre los hechos; que las sentencias entren a valorarlos y a determinar cuáles han sido probados, ya que en general cualquier carencia probatoria favorece la posición administrativa.

La relación entre el defensor y el ayuntamiento

La importancia de los hechos pone de relieve la necesidad de una relación estrecha entre defensor y Administración, de forma que aquél esté al caso de toda la información relevante, aunque sea indirecta. Cabe remarcar en este sentido que informar al órgano judicial de los motivos de fondo o las políticas públicas en las que se enmarca la resolución impugnada, o los precedentes de la misma, ayuda normalmente a hacer jurídicamente aceptable la decisión impugnada. En este punto, el hecho de que la defensa la asuman los juristas de la misma corporación es muy recomendable.

Por otra parte, es evidente que la relación entre defensor y Administración tendría que estar presente de forma habitual ya en la tramitación del procedimiento y en la redacción de la resolución que eventualmente será objeto de recurso. No hay duda de que un buen enfoque inicial es la mejor garantía de defensa posterior.

La necesidad de agotar la prueba: práctica de pruebas propias

En las situaciones de enfrentamiento respecto a los hechos la prueba practicada en el proceso tiene un valor determinante en la sentencia. Un caso paradigmático es el de la valoración pericial del justiprecio en las expropiaciones. En casos como éste, el órgano jurisdiccional podrá relativizar la prueba practicada, pero finalmente queda constreñido por su resultado.

En este punto cabe prestar atención al valor probatorio del expediente. En primer lugar, si bien algunos órganos jurisdiccionales entienden que el expediente tiene por sí mismo valor probatorio sin más, ésta no es una conclusión generalizada. De hecho, la Ley jurisdiccional concibe el expediente administrativo simplemente como una base informativa para las partes –esencialmente para la recurrente–, pero no le otorga ni mucho menos valor probatorio sin más. En este punto, cabe tener en cuenta que el régimen de la prueba documental incorpora una serie de garantías que se basan esencialmente en la posibilidad de que la contraparte cuestione la validez de los documentos. Así, pues, es discutible que el órgano jurisdiccional otorgue valor probatorio a un expediente que no ha sido

propuesto formalmente como prueba, con la consiguiente pérdida de garantías. En consecuencia, cabe tener la precaución de proponer formalmente el expediente administrativo como prueba en el período procesal correspondiente.

Por otra parte, la no-aportación del expediente –o, lo que es lo mismo, la aportación de un expediente no completo– puede tener un efecto devastador al dejar sin ningún apoyo la posición municipal. En este sentido, es expresiva la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1993:

“La falta de remisión del expediente administrativo ha sido sancionada jurisprudencialmente como un problema de prueba, de modo que se ha considerado que en tales casos han de tenerse por probados los hechos alegados por el recurrente y no entender acreditados los hechos opuestos por la Administración.”

Otra cuestión que cabe tener en cuenta es la conveniencia de configurar el expediente para que aporte un apoyo probatorio suficiente a la resolución impugnada. Por ejemplo, en las órdenes de derribo de construcciones ilegales es muy recomendable que conste algún informe sobre la antigüedad estimada de la edificación, pues esta estimación hecha por un técnico municipal disfruta por sí misma de una presunción que sitúa al recurrente en la necesidad de probar la efectiva prescripción de la acción administrativa.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido constante en dar preeminencia a los informes emitidos por los servicios administrativos por encima de los hechos a petición de un particular, si bien al mismo tiempo ha dado preeminencia a los informes emitidos por peritos neutrales en el seno del proceso jurisdiccional sobre los administrativos (STS de 19 de noviembre de 1998 y de 8 de noviembre de 1996). Esto quiere decir que la presencia de informes suscritos por técnicos municipales sitúa al recurrente en la necesidad de plantear peritajes privados, mientras que si en el expediente administrativo no constan estos informes técnicos, el peritaje de parte puede resultar suficiente para fundamentar la posición del recurrente.

2.2. Estrategias en el pleito

2.2.1. Elección de acciones

Por lo que respecta a la posición del demandante en general, es recomendable la diversificación de acciones, plantear todas las acciones posibles, ya que con una acción que prospere puede ser suficiente para resolver el conflicto favorablemente.

Por otra parte, el actor tiene la facultad de disposición sobre el proceso, de forma que si obtiene satisfacción en uno de los pleitos, puede cerrar el resto de los procesos abiertos por la vía del desistimiento.

Un ejemplo en este sentido puede ser la impugnación del convenio Estado-Generalidad para la prórroga de determinadas autopistas catalanas. Una cuestión que se puede plantear inicialmente con dos recursos jurisdiccionales paralelos ante el Tribunal Supremo (Estado) y ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Generalidad).

Otro ejemplo de diversificación fue la estrategia articulada en relación con el hundimiento de una barca en el lago de Banyoles, suceso en el que el concejal y los técnicos municipales fueron procesados penalmente por los hechos. En el fondo, lo que se debatía era la responsabilidad municipal –la competencia– en materia de seguridad marítima y en aguas interiores. En este contexto y mientras se instruía el proceso penal se planteó una solicitud a la Delegación del Gobierno para que el Estado ejerciera materialmente la competencia y desplegase el servicio de control de embarcaciones en las aguas interiores de Cataluña. Esta petición abría la vía jurisdiccional, de manera que se podía conseguir un pronunciamiento –bien cautelar, bien definitivo– de la jurisdicción contenciosa, pronunciamiento que hubiera podido tener una importancia determinante en el procedimiento penal.

Así, si en la posición actora interesa en términos generales la diversificación de acciones, no es recomendable utilizar las instituciones procesales como la acumulación o la ampliación de recurso, que son técnicas de concentración.

Por el contrario, desde el punto de vista del demandado, el interés se sitúa justamente en la concentración de acciones para disminuir el riesgo de una sentencia en contra.

Cabe remarcar en este sentido que una sola sentencia contraria entre otras muchas favorables puede general una sucesión de peticiones de extensión de sentencia los que se encuentran en la misma posición jurídica del recurrente ganador.

Aquí sí que interesa, pues, la utilización de las posibilidades o mecanismos de concentración procesal, como los siguientes:

–La acumulación, que incorpora al proceso más antiguo la nuevas causas relacionadas con aquél.

–La cuestión prejudicial del artículo 43 de la LECi, que permite suspender el curso de un proceso hasta que no se resuelve otro proceso que puede tener relevancia en aquél (es el caso del recurso contra el acto de aplicación cuando se impugna simultáneamente la norma de cobertura).

–El planeamiento de la excepción de *litispendencia* para evitar la tramitación simultánea de dos procesos iguales, a pesar de que la *litispendencia* queda concebida en la Ley jurisdiccional como una causa de inadmisión del recurso.

–La declinatoria, para concentrar o reconducir acciones a la jurisdicción o al órgano más favorable.

–El juicio-testimonio del artículo 37.2 de la LJCA, ya que a la Administración le interesa concentrar la decisión en un solo proceso, ya que tendrá que combatir los argumentos de un solo demandante, con la consiguiente reducción de los argumentos de ataque.

2.2.2. Iniciativas en el transcurso del pleito

Una vez se ha establecido ya el proceso, hay una serie de prevenciones iniciales que son obvias, aunque a menudo se descuidan. Se trata del control de los requerimientos de interposición y comparecencia, como la aportación de los acuerdos de los órganos societarios, los poderes, etc. (aunque en este punto es inicialmente admisible la subsanación), o el control de los plazos de interposición y de presentación de escritos.

En el caso del demandante una acción obvia y al mismo tiempo habitual es la de pedir la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada.

Desde el punto de vista del demandado, en cambio, se puede utilizar el trámite de alegaciones previas previsto en el artículo 58 de la LJCA o el trámite paralelo de la LECi de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento (artículo 391 de la LECi). A pesar de que las mismas cuestiones se pueden formular en la respuesta a la demanda para ser contestadas en sentencia.

Otra cuestión que habitualmente no se plantea es la discusión o oposición a la acumulación de acciones en un mismo recurso, como es el caso de varios recurrentes que impugnan actos paralelos (por ejemplo, liquidaciones tributarias, cuya conexión entre sí es normalmente indirecta (artículo 34.2 de la LJCA). En este punto, cabe mencionar que si la acumulación viene dada ya en vía administrativa, al existir una sola resolución formal, la acumulación jurisdiccional es obligada. Por tanto, si a la Administración le interesa concentrar recursos, puede condicionar esta cuestión ya en vía administrativa.

2.2.3. Actuaciones paralelas durante el proceso

Una vez iniciado el proceso es posible que la Administración se plantee algunas actuaciones a la vista de la evolución de las actuaciones, actuaciones que pueden tener influencia en el resultado final. Entre estas posibilidades se encuentran las siguientes:

–Posibilidad de suspender de oficio la ejecutividad de la resolución impugnada a la espera del resultado. Se trata en este sentido de evitar una situación de hechos consumados que posteriormente sea difícil de resolver en el caso de que prospere el recurso. En este punto se puede mencionar la ejecución de actos que pueden tener una repercusión económica, especialmente si son actos –como una licencia urbanística o una licencia de actividades– que no benefician particularmente a la

Administración y que, sin embargo, pueden representar un alto costo indemnizatorio.

También puede ser el caso de cuotas tributarias cuantiosas, ante la perspectiva de la obligación de devolverlas una vez pasados los años con los correspondientes intereses.

En este sentido, el artículo 111 de la Ley 30/1992 admite que la suspensión en vía administrativa pueda ser decisiva no sólo a petición del interesado sino también de oficio. La dificultad puede plantearse en los casos en los que la resolución sea ya en firme por haberse dictado ya la desestimación del recurso administrativo.

Sin embargo, el enunciado del artículo 111 parece admitir la suspensión administrativa ante la interposición de cualquier recurso, lo que puede incluir también el recurso jurisdiccional.

–Satisfacción extra-procesal total o parcial. Esta posibilidad queda reservada para los supuestos en los que cuando se inicia el recurso jurisdiccional aún no hay resolución expresa del recurso administrativo. En este caso, la resolución tardía del recurso administrativo puede permitir la corrección de planteamientos, la estimación parcial de la pretensiones, la retroacción del procedimiento si se invoca algún vicio procesal, o convalidar determinadas irregularidades. En definitiva, la satisfacción extra-procesal parcial puede ceder la razón al recurrente en aspectos limitados, para salvar lo substancial.

–Allanamiento total o parcial. En este punto, cabe valorar un elemento de notable transcendencia a medio plazo, como el prestigio de la Administración. En efecto, cabe poner de relieve que el rigor técnico de una administración favorece en términos generales su eficacia en pleitos futuros, de manera que en ocasiones es más productivo aceptar sin más un recurso cargado de razón que acceder al mismo, que oponerse por principio. El prestigio de la institución se ha dejado notar en casos como el del Consejo Tributario de Barcelona o el Organismo Autónomo de Gestión Tributaria, ya que ayuda a generar una cierta presunción inicial en el sentido de que cuando la Administración se opone al recurso es que hay un motivo consistente detrás. Esta confianza generada en los órganos judiciales puede ayudar sin duda a decantar favorablemente algunas situaciones de duda.

Por otra parte, este mecanismo puede evitar los costos, aunque el allanamiento no garantiza la no-imposición de costos si el actor los ha pedido ya en demanda (artículo 75.2 de la LJCA). Supletoriamente, a la LECi el allanamiento no comporta costos si se hace antes de la respuesta a la demanda –artículo 395–. Ahora bien, el desistimiento o el allanamiento de la Administración queda dificultado por el hecho de que la ley requiere un acuerdo adoptado por el órgano competente (artículo 74.2 y 75.1 de la LJCA).

–Transacción judicial. El artículo 77.1 de la LJCA prevé la posibilidad de una transacción judicial, con la eventual suspensión del proceso durante las negociaciones. Esta posibilidad es muy poco utilizada en el recurso contencioso-administrativo, a diferencia de lo que sucede en otras jurisdicciones como la social. También en este caso es necesaria la autorización del órgano administrativo competente, aunque el rigor de este requerimiento se puede matizar si lo que se pacta junto con el órgano judicial es el sentido de la sentencia.

–Finalmente, cabe destacar también la posibilidad de otras actuaciones paralelas como la corrección de errores o el envío de un complemento de expediente, posibilidades que pueden reforzar la posición de la Administración en el proceso.

2.2.4. La respuesta a la demanda

El contenido formal de la demanda o de la respuesta es el previsto en el artículo 56 de la LJCA y en el artículo 399 de la Ley de enjuiciamiento civil; es decir, los hechos, los fundamentos de derecho –aunque no se hayan formulado en vía administrativa– y las pretensiones. Las pretensiones constituyen propiamente el objeto del recurso y han de haber sido formuladas previamente ante la Administración, a riesgo de incurrir en desviación procesal. En este punto, la jurisprudencia no ha aceptado tradicionalmente la nuevas pretensiones, dado el carácter revisor de la jurisdicción contenciosa-administrativa (TS 3.ª Sección 7.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2003, Rec. 1589/2000), aunque alguna jurisprudencia más reciente matiza este planteamiento admitiendo la variación de pretensiones siempre que no sea sustancial (TS 3.ª Sección 6.ª, Sentencia de 8 de julio de 1999, Rec. 3806/1995).

El discurso forense

Como se ha apuntado, la función esencial de un escrito forense es seducir, y concretamente seducir a un auditorio muy específico que es el órgano judicial. Así, pues, la técnica argumental y el estilo de redacción son muy importantes.

Pues bien, en términos generales cabe poner de relieve que el perfil de la actuación y la construcción del discurso jurídico no es siempre el mismo, queda condicionado por la posición del jurista.

En efecto, en el ámbito interno de la Administración cabe distinguir entre el jurista que realiza el asesoramiento legal preceptivo, que ha de adoptar una posición objetiva en relación con el objeto del dictamen, y el jurista que despliega funciones ordinarias. En este último caso, el jurista adopta una posición subjetiva presidida por la consecución del interés público –aunque la legalidad se incluya dentro de este concepto de interés público, que es lo que diferencia al jurista del político o del gestor–. El jurista administrativo no adopta una posición objetiva en el sentido de que no ha de ser neutral

en el enfrentamiento entre interés público e interés privado, sino que queda vinculado por aquél sin perjuicio de que al mismo tiempo haya de respetar la legalidad; es decir, su compromiso con el interés público se ha de desplegar en el marco del ordenamiento jurídico.

Esta posición institucional condiciona el discurso del jurista interno de la Administración en el sentido de que ha de valorar *ex ante* y ha de proponer el enfoque y contenido de una resolución administrativa que responde a un concreto interés público. Ordinariamente, su función es la de proponer la mejor manera de buscar una finalidad determinada...

Por lo que se refiere a los abogados o a los defensores en el proceso, la posición subjetiva se acentúa notablemente. Su función es la de defender intereses que vienen dados –los intereses de las partes–. En el caso del defensor de la Administración, el objetivo es claro y mucho más concreto: la defensa de la resolución impugnada, una defensa que ya no queda condicionada por la legalidad. El marco jurídico no es ya una finalidad sino un instrumento de defensa. Así, pues, el abogado asume plenamente una posición subjetiva que no sólo es legítima –la ley protege absolutamente los intereses subjetivos– sino necesaria, ya que la sentencia se construye objetivamente a partir del enfrentamiento entre dos posiciones subjetivas. Consiguientemente, el objetivo del defensor en el proceso es el de buscar una estrategia y unos argumentos que favorezcan a los intereses de su representado. La ética del defensor no le obliga a preocuparse de valores como la “verdad”, la “justicia”, o otro parecidos, sino a defender de la mejor manera posible los intereses subjetivos que le han sido confiados.

Así, pues, un escrito forense no es el resultado de la valoración ordenada de todos los elementos de hecho y fundamentos de derecho para llegar a una conclusión no predeterminada. Las partes tienen ya dadas las conclusiones de sus discursos –la defensa de los intereses respectivos– y se trata de fundamentarlas y justificarlas. El defensor no está vinculado por los hechos y la legalidad, los utiliza en beneficio propio desde una perspectiva subjetiva. Éste es un hecho que diferencia el escrito forense del informe propuesta administrativo, del artículo doctrinal o de la misma sentencia. El escrito forense es el resultado de una búsqueda expansiva de hechos y precedentes, de argumentos y posibilidades jurídicas, y una posterior labor de elección y retorno a la sencillez, de reconstrucción del discurso a partir de los elementos útiles, en un ejercicio de explosión-implosión.

Otro aspecto que cabe tener en cuenta a la hora de construir el discurso es la conveniencia de variar en ocasiones el orden de exposición que es tradicional en los artículos doctrinales o en los informes, orden basado en una progresión lógica desde los antecedentes a la conclusión. Por el contrario, puede ser más útil en ocasio-

siones utilizar una técnica parecida a la periodística, en la que la conclusión –lo más importante– se sitúa al principio para atraer más fácilmente al lector.

Dosificación de la información y los argumentos

En general, es recomendable en cualquier discusión retrasar la información y la aportación de documentos y pruebas, para dificultar la reacción del contrario.

Sin embargo, el artículo 65 de la LJCA no permite plantear nuevas cuestiones en fase de conclusiones, lo que obliga a desplegar toda la defensa en el momento de contestar la demanda.

En el caso de los procesos abreviados, sí que se produce este efecto sorpresa, ya que el actor descubre sus motivos de recurso en la demanda, que se remite a la Administración con antelación a la vista, y llega al juicio oral sin saber cuáles son los argumentos de defensa, de forma que tendrá que reaccionar en la prueba y en las conclusiones improvisando. Éste es un planteamiento procesal que sin duda favorece a la Administración.

La formulación de la pretensión

En primer lugar, cabe remarcar que las pretensiones que formulan las partes condicionan la sentencia, ya que ésta se tiene que dictar en el marco de los motivos y las pretensiones planteadas según dispone el artículo 33 de la LJCA.

Es por este motivo que cabe formular las pretensiones de manera meditada y de forma exhaustiva, circunstancia que no es demasiado frecuente. En este sentido, la recurrente se ha de plantear las siguientes posibilidades: la declaración de nulidad de la resolución, su anulación, el reconocimiento de derecho o situación jurídica individualizada, la indemnización de daños y los intereses contados desde el origen de la deuda.

Por lo que se refiere a la situación jurídica individualizada, en principio el artículo 71.1.b) de la LJCA no obliga a pedir ya de entrada las medidas concretas para hacer efectiva esta situación, ya que estas medidas pueden ser determinadas en ejecución de sentencia. Ahora bien, lo que sí que exige la ley en los casos de indemnización es que el recurrente no sólo pruebe la existencia del daño sino que aporte también antes de sentencia las bases para su cálculo posterior.

En cuanto a los intereses, ya se ha puesto de manifiesto la diferencia entre los intereses procesales, que se meritan a partir de la sentencia de instancia, y los intereses indemnizatorios del artículo 1108 del Código civil, que se han de pedir en todo caso a partir de una pretensión específica formulada en la demanda, como un reconocimiento de derecho, pues de otra forma el régimen de la Ley general presupuestaria impide su meritación. Lo mismo sucede respecto a los intereses previstos en el artículo 1109 de la Código civil.

Cabe, asimismo, considerar la petición de resoluciones subsidiarias, de manera que el resultado del proce-

so no quede aparejado al éxito o al fracaso total. En este punto, un planteamiento recomendable para la Administración es pedir subsidiariamente la retroacción del expediente antes que la anulación del acto por motivos procedimentales.

También en este punto es posible pedir que se declare la desaparición sobrevenida del objeto del pleito en casos como la sustitución de la norma impugnada por una nueva. En sentido estricto, la desaparición del objeto de proceso no es uno de los pronunciamientos legalmente establecidos para las sentencias contencioso-administrativas, pero existe una cierta tradición en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por lo que se refiere a los costos procesales, es conveniente pedirlos para forzar un pronunciamiento explícito de la sentencia al respecto. Si bien esta petición no es imprescindible en los casos de temeridad y mala fe, sí que puede ser necesaria en los casos en los que los costos cumplen la función de mantener la indemnidad del ganador del proceso, supuesto que se ha venido considerando en los procesos de escasa cuantía, cuando la poca entidad de lo que se discute no compensa los costos que comporta el proceso a quien ha ganado.

Finalmente, entre las pretensiones se puede plantear en el caso del recurrente la solicitud de un plazo más corto que el ordinario de dos meses (tres meses en el caso de las deudas económicas) para la ejecución de la sentencia (artículo 104.2 de la LJCA), o un plazo específico para las obligaciones positivas [artículo 71.1.c) de la LJCA].

Aportación de la prueba documental

Es tradición en el contencioso-administrativo que las partes no se preocupen de la prueba hasta que no llega el período probatorio, de manera que no es hasta que se abre el ramo de prueba y se emplaza a las partes para proponer cuándo se plantea qué prueba quiere y como conseguirla.

Sin embargo, el artículo 56.3 de la LJCA obliga a las partes a aportar con los escritos de demanda y contestación los dictámenes de partes y los documentos. Si estos documentos no se pueden disponer en el momento de la demanda o la respuesta, entonces es necesario que en el escrito se los designe con mención de los archivos o registros en los que se encuentran (en el mismo sentido, los artículos 265, 269 y 272 de la LECi). Al mismo tiempo, el artículo 56.4 veda la aportación de documentos más allá de la demanda o respuesta, a excepción de los siguientes casos:

–Los necesarios para desvirtuar alegaciones de la respuesta a la demanda y que pongan de manifiesto desconformidad en los hechos (artículos 56.4 de la LJCA, y 265.3 de la LECi).

–Ser de fecha posterior a la demanda o respuesta, o justificar haberlos conocido con posterioridad (artículo 270 de la LECi).

–Sentencias o resoluciones judiciales o administrativas que puedan resultar condicionantes o decisivas (artículo 272 de la LECi).

Por tanto, el régimen de aportación de la pruebas documentales es muy claro, tanto si se trata de documentos aportados directamente por la parte o si se trata de documentales que es necesario obtener en registros o archivos ajenos, incluso los que tiene que expedir la Administración demandada. Todos ellos tienen que ser aportados por la misma parte con la demanda o bien con la respuesta, y sólo de forma excepcional se pueden pedir en el ramo de prueba.

Por otra parte, el principio general es que las partes han de aportar por sí mismas los documentos, de acuerdo con el principio de justicia rogada que rige el proceso contencioso-administrativo (artículo 216 de la LECi), de forma que no se puede confiar en que el órgano jurisdiccional asuma la intermediación en la reclamación y obtención de las pruebas que propongan las partes, intermediación que ha de quedar limitada a los casos en los que la misma es realmente necesaria.. ■

La organización económica de los entes locales en la Ley de medidas para la modernización del gobierno local

1. Introducción.
2. Ámbito de aplicación.
 - 2.1. Ámbito de aplicación material. 2.1.1. Introducción. 2.1.2. Municipios de aplicación obligatoria y automática. 2.1.3. Adaptación. 2.1.4. Municipios de aplicación potestativa. 2.1.5. Exclusión del municipio de Barcelona. 2.1.6. Cabildos insulares canarios.
 - 2.2. Ámbito de aplicación temporal. 2.2.1. Comienzo de aplicación. 2.2.2. Término de aplicación.
3. Criterios de la gestión económico-financiera.
4. Órgano u órganos de gestión económico-financiera y presupuestaria.
5. Órgano de gestión tributaria.
 - 5.1. Creación. 5.2. Competencias. 5.3. Finalidad. 5.4. Principios. 5.5. Titular de la función recaudatoria.
6. Intervención general municipal.
 - 6.1. Denominación y titular. 6.2. Funciones y ejercicio. 6.3. Participación de los grupos políticos.
7. Órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas.
 - 7.1. Introducción. 7.2. Excurso sobre las reclamaciones económico-administrativas. 7.3. Lo económico-administrativo local. 7.4. Funciones. 7.5. Naturaleza de las resoluciones. 7.5.1. Agotamiento de la vía administrativa. 7.5.2. Reposición potestativa. 7.5.3. Reclamación ante los órganos estatales. 7.6. Composición. 7.7. Funcionamiento. 7.7.1. Criterios. 7.7.2. Reglamento orgánico. 7.7.3. Composición. 7.7.4. Competencias. 7.7.5. Organización. 7.7.6. Funcionamiento. 7.8. Procedimiento. 7.8.1. Interesados. 7.8.2. Suspensión. 7.8.3. Extensión de la revisión. 7.8.4. Normas generales del procedimiento. 7.8.5. Procedimiento ordinario. 7.8.6. Procedimiento abreviado. 7.8.7. Recursos.

Emilio Aragonés Beltrán
Magistrado

1. Introducción

La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local,¹ introduce en la Ley reguladora de las bases del régimen local (LRBRL) una serie de medidas que tienden, según la exposición de motivos de aquélla, a la racionalización y modernización de los gobiernos locales.

Y lo hace en dos ámbitos respecto de los cuales se estima que quedó rápidamente desbordada la LRBRL: 1.º) El modelo orgánico-funcional, que se estima lastrado por una percepción corporativista de la política local, y 2.º) el rígido uniformismo, al contemplar a todos los municipios, con independencia de su demografía y complejidad, como organizaciones merecedoras de un tratamiento jurídico uniforme.

Al primer ámbito corresponden las reformas que lleva a cabo, para todos los municipios en general, el artículo 1 de la Ley 57/2003. En tales reformas no hay normas especiales relativas al objeto de la presente ponencia; no se establece ninguna organización económica peculiar para los entes locales en general, la cual se reserva a los conceptuados como municipios de gran población.

Cabe mencionar, no obstante, dos reformas legales de alcance general, en relación con la organización económica:

a) Se suprime el quórum del voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros que legalmente compongan el pleno de la entidad para la aprobación de las ordenanzas fiscales, pasándose a exigir el mismo que el

requerido para la aprobación de los presupuestos (mayoría simple: cuando los votos afirmativos son más que los negativos). La exposición de motivos se limita a señalar que aquella mayoría absoluta era a todas luces excesiva.

b) Se da nueva redacción al artículo 108 de la LRBRL, manteniendo el carácter preceptivo del recurso de reposición en materia de tributos locales y restantes ingresos de Derecho público, así como la remisión a la Ley de haciendas locales –LHL– (artículo 14.2 de ésta). La única modificación que se introduce es la precisión de que este recurso tendrá carácter potestativo en los municipios considerados de gran población. Esta modificación tiene el alcance que se analiza posteriormente, al examinar el órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas del nuevo artículo 137 de la LRBRL.

En cuanto al segundo de los ámbitos, la exposición de motivos dedica amplias referencias a criticar el excesivo uniformismo de la regulación de régimen local² y a defender la existencia de un régimen de organización peculiar para los municipios de gran población. Tal régimen es objeto del nuevo título X de la LRBRL, que comprende los artículos 121 a 138.³

El capítulo III de este título X de la LRBRL es el que regula la gestión económico-financiera de los municipios de gran población. En cinco preceptos se recogen, sucesivamente, primero los criterios de tal gestión y después los cuatro órganos que se establecen:

–Los criterios de la gestión económico-financiera, en el artículo 133.

1. El propio título de la norma fue objeto de enmienda en la tramitación parlamentaria.

Las enmiendas núm. 124 del Congreso y núm. 125 del Senado, ambas de idéntico tenor y propuestas por el PNV, pretendieron una redacción más aséptica y ajustada al contenido de la norma: “Ley de reforma parcial de la Ley reguladora de las bases del régimen local.” Y ello por entender que el título (entonces del proyecto y ahora de la Ley 57/2003) es excesivamente pretencioso. La modernización del gobierno local, entendida como adaptación del régimen jurídico de los entes locales a los requerimientos de la moderna sociedad de la información y de un mundo globalizado que exige un replanteamiento radical de los poderes locales, requiere la adopción de medidas mucho más ambiciosas que las que se adoptan en el proyecto. Los retos que la globalización impone al gobierno local, reclaman una mayor flexibilización de los marcos normativos. Y nada de todo ello aparece reflejado en el proyecto de ley.

Más asépticamente, las enmiendas núm. 176 del Congreso, y núms. 72 y 145 del Senado, las tres de idéntico tenor, y propuestas por los grupos socialista, pretendieron la modificación de la denominación del proyecto de ley por la siguiente: “Ley de medidas para la modernización del Gobierno y de la Administración local”, por entender que era más acorde con el contenido del proyecto de ley, puesto que no regula solamente los órganos de gobierno sino también otros que ejercen funciones diferentes.

Pretencioso o no, lo cierto es que la denominación de la ley contiene una intención más bien propagandística, que es por completo inhabitual en las normas legales.

2. Así, se dice:

“El régimen local español se ha caracterizado tradicionalmente, como ya se ha destacado, por un excesivo uniformismo, heredero del modelo continental de Administración local en el que se inserta de manera evidente. Esta tendencia ha supuesto que, con la salvedad del denominado régimen de con-

cejo abierto, propio de los municipios de muy escasa población, haya existido y exista esencialmente un régimen común, que, con escasas singularidades que tienen en cuenta la dimensión demográfica, configura un modelo orgánico-funcional sustancialmente similar para todos los municipios, siendo prácticamente igual para los que apenas superan los 5.000 habitantes como para los que tienen varios cientos de miles e incluso millones.

“De este uniformismo se han resentido singularmente las mayores ciudades españolas, que han venido reclamando un régimen jurídico que les permitiera hacer frente a su enorme complejidad como estructuras político-administrativas.

“No puede decirse que el régimen jurídico local haya respondido hasta ahora en un grado suficiente a las necesidades específicas de los municipios altamente poblados, y se hace, pues, necesario, en el marco de las competencias del Estado, que en esta materia se ciñan a la regulación del régimen básico local, abordar las necesarias reformas normativas que den respuesta a las necesidades experimentadas por el municipalismo español, para poder hacer frente a las mismas en el contexto de una sociedad dinámica y en constante evolución.”

3. Los preceptos de este título X, al igual que los del título XI que igualmente se añade a la LRBRL llevan todos ellos la correspondiente rúbrica, lo que fue criticado en la tramitación parlamentaria. La enmienda núm. 50 del Congreso (Sr. Saura Laporta, del Grupo Mixto) interesó la supresión de todas las rúbricas de los artículos de estos títulos X y XI, habida cuenta que ningún artículo de la ley lo tiene y por coherencia con el resto del articulado de la ley que se reforma deben suprimirse todos los títulos de los artículos contenidos en estos títulos.

Al no aceptarse la enmienda, nos encontramos con una ley que en su mayor parte carece de rúbricas en los artículos, pero lo tienen en los nuevos añadidos de los títulos X y XI (menos mal que no se han añadido rúbricas en los preceptos que sólo se modifican).

–El órgano u órganos de gestión económico-financiera y presupuestaria, en el artículo 134.

–El órgano de gestión tributaria, en el artículo 135. Es el único de los cuatro órganos cuya existencia es puramente potestativa para los municipios de gran población, que quedan habilitados para crearlos, pero sin obligación de hacerlo, como en los otros tres casos.

–El órgano responsable del control de la fiscalización interna, en el artículo 136.

–Por fin, el órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas, en el artículo 137.

El órgano “estrella” de la Ley 57/2003 es este último, al suponer una trascendental modificación en materia de revisión de los actos tributarios locales en vía administrativa para los municipios de gran población. A él, así como al ámbito de aplicación del nuevo régimen de organización de los municipios de gran población, habrán de dedicarse las partes sustanciales de la presente ponencia.

2. Ámbito de aplicación

2.1. Ámbito de aplicación material

2.1.1. Introducción

Las normas previstas en el nuevo título X de la LRBRL, y, por tanto, la organización económica establecida en el mismo, sólo son de aplicación a los municipios a que se refiere el nuevo artículo 121.1 de la LRBRL, precepto que ha de complementarse:

–Con la disposición transitoria cuarta de la Ley 57/2003, que excluye de la aplicación del título X al municipio de Barcelona en tanto no se apruebe su régimen especial.

–Con la nueva disposición adicional decimocuarta de la LRBRL, referida al régimen especial de organización de los cabildos insulares canarios.

Dentro del ámbito general de aplicación hay que distinguir aquellos municipios a los que es de aplicación obligatoria y automática, por el simple hecho de alcanzar determinado número de habitantes; y aquellos otros en que se exige la iniciativa de los respectivos ayuntamientos y, además, una decisión de las asambleas legislativas correspondientes.

Por otra parte, según la nueva disposición adicional undécima de la LRBRL, las disposiciones contenidas en este título X para los municipios de gran población prevalecerán respecto de las demás normas de igual o inferior rango en lo que se opongan, contradigan o resulten incompatibles. Se trata de una disposición añadida en el

trámite parlamentario,⁴ con un alcance meramente aclaratorio y, según la justificación de la enmienda incorporada, para dejar claramente expresado que el nuevo sistema de organización y competencias de los municipios de gran población desplaza todas las demás normas de carácter general o especial en lo que se opongan al mismo, pudiendo pensarse, por ejemplo, en la LHL, que contiene a lo largo de su articulado frecuentes referencias a las competencias de los órganos locales para la gestión y el control del gasto, de manera que todas estas competencias deben entenderse inaplicables cuando se opongan al nuevo sistema de competencias establecido en el título X.

2.1.2. Municipios de aplicación obligatoria y automática

Son los comprendidos en las letras a) y b) del artículo 121:

–Municipios cuya población supere los 250.000 habitantes.

–Municipios capitales de provincia cuya población sea superior a los 175.000 habitantes.

Como ha quedado apuntado, en estos municipios habrá de aplicarse en todo caso, directamente y sin intervención alguna de la respectiva comunidad autónoma, el régimen de organización de los municipios de gran población.

Respecto de los municipios de población superior a los 250.000 habitantes, son los siguientes, según los datos disponibles del Instituto Nacional de Estadística, referidos a 1 de enero de 2002,⁵ por orden de población (excluida Barcelona, con 1.527.190 habitantes):

Municipio / habitantes

1. Madrid, 3.016.788
2. Valencia, 761.871
3. Sevilla, 704.114
4. Zaragoza, 620.419
5. Málaga, 535.686
6. Murcia, 377.888
7. Las Palmas de Gran Canaria, 370.649
8. Palma de Mallorca, 358.462
9. Bilbao, 353.950
10. Valladolid, 318.576
11. Alicante-Alacant, 293.629
12. Córdoba, 314.805
13. Vigo, 288.324
14. Gijón, 270.211

En cuanto a las capitales de provincia con población superior a los 175.000 habitantes⁶ (e inferior a 250.000

4. Enmienda núm. 159 del Congreso, del Grupo Parlamentario Popular.

5. Núcleos de población; web: www.ine.es.

6. En el proyecto de ley, esta cifra era de 200.000 habitantes, que se modificó en el Senado en virtud de la enmienda núm. 220 del Grupo Parlamentario

Popular, con la siguiente justificación: Al haberse modificado en la tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados el artículo 121, en cuya virtud los municipios con más de 75.000 habitantes pueden ser incluidos en el ámbito de aplicación del título X, a iniciativa de los plenos de los respectivos ayun-

habitantes a que se refiere el supuesto anterior), son las siete que se señalan con asterisco de la relación siguiente, por orden alfabético:⁷

Capital / revisión 2002 / revisión 2003

*Vitoria-Gasteiz, 221.270-223.257
 Albacete, 152.155-155.142
 Alicante-Alacant, 293.629-305.911
 *Almería, 173.338-176.727
 Ávila, 50.241-52.078
 Badajoz, 136.851-138.415
 Palma de Mallorca, 358.462-367.277
 Barcelona 1.527.190-1.582.738
 Bilbao, 353.950-353.567
 Burgos, 167.962-169.317
 Cáceres, 84.439-87.088
 Cádiz, 136.236-134.989
 Castellón, 153.225-160.714
 Ciudad Real, 65.084-65.703
 Córdoba, 314.805-318.628
 A Coruña, 242.458-243.902
 Cuenca, 46.859-47.201
 Girona, 77.475-81.220
 *Granada, 240.522-237.663
 Guadalajara, 69.098-70.732
 *Donostia-San Sebastián, 181.700-181.811
 Huelva, 140.862-144.831
 Huesca, 46.462-47.609
 Jaén, 112.921-115.638
 León, 135.794-135.634
 Lleida, 115.000-118.035
 Logroño, 136.841-139.615
 Lugo, 89.509-91.158
 Madrid, 3.016.788-3.092.759
 Málaga, 535.686-547.105
 Murcia, 377.888-91.146
 *Pamplona/Iruña, 189.364-190.937
 Ourense, 109.011-109.475
 *Oviedo, 202.938-207.699
 Palencia, 80.801-81.378
 Palmas de Gran Canaria, 370.649-377.600
 Pontevedra, 76.798-77.993
 Salamanca, 156.006-157.906
 Santa Cruz de Tenerife, 217.415-220.022
 *Santander, 184.661-184.778

Segovia, 54.945-55.640
 Sevilla, 704.114-709.975
 Soria, 35.112-35.178
 Tarragona, 117.184-121.076
 Teruel, 31.506-32.304
 Toledo, 70.893-72.549
 Valencia, 761.871-780.653
 Valladolid, 318.576-321.143
 Zamora, 65.575-65.639
 Zaragoza, 620.419-626.081

Por tanto, también será de aplicación automática el régimen de organización del título X de la LRBRL a los municipios de Vitoria-Gasteiz, Almería, Donostia/San Sebastián, Pamplona-Iruña, Oviedo, Santander, Granada y Santander.

2.1.3. Adaptación

El automatismo de la aplicación se pone de manifiesto, además, por la previsión legal contenida en el nuevo artículo 121.2 de la LRBRL,⁸ que hace referencia al supuesto de que un municipio, de acuerdo con las cifras oficiales de población resultantes de la revisión del padrón municipal aprobadas por el Gobierno con referencia al 1 de enero del año anterior al del inicio de cada mandato de su ayuntamiento, alcance la población requerida para la aplicación del régimen previsto en el título X.

En este caso, la nueva corporación dispondrá de un plazo máximo de seis meses desde su constitución para adaptar su organización al contenido de las disposiciones de este título. A estos efectos, se tendrá en cuenta exclusivamente la población resultante de la indicada revisión del padrón, y no las correspondientes a otros años de cada mandato.

La adaptación, por tanto, no habrá de ser automática en cuanto se alcancen las respectivas poblaciones de 250.000 habitantes en general y de 175.000 habitantes para capitales de provincia, sino que habrá de estarse a las cifras oficiales de población aprobadas por el Gobierno con referencia al 1 de enero del año anterior al del inicio de cada mandato del ayuntamiento.

En consecuencia, como el próximo inicio de mandato se producirá el año 2007, habrá de estarse a las cifras oficiales de población correspondientes al 1 de enero de 2006.⁹ Y la adaptación habría de llevarse a cabo por la

tamientos, siempre que así lo decida la asamblea legislativa correspondiente, al igual que las capitales de provincia, capitales autonómicas y sedes de instituciones autonómicas, incluso con menor población, se considera conveniente reducir a 175.000 habitantes el umbral poblacional para que las capitales de provincia queden dentro del ámbito de aplicación del referido título X sin necesidad de una decisión al respecto de la asamblea legislativa correspondiente.

7. Instituto Nacional de Estadística, cifras de población según la revisión a 1 de enero de 2002 y a 1 de enero de 2003.

8. La redacción de la Ley 57/2003 procede de la aceptación de la enmienda núm. 220 del Congreso (Grupo Parlamentario Socialista), que dio mayor

claridad a la redacción, eliminando la remisión del proyecto a la disposición transitoria primera como innecesaria.

9. Por ejemplo, suponiendo que el municipio de Burgos (que en el censo de 1 de enero de 2003 comprende 169.317 habitantes) pasara posteriormente a superar los 175.000 habitantes, la fecha decisiva será únicamente la de 1 de enero de 2006, siempre, obviamente, que no se hubiera acogido voluntariamente a este régimen de municipios de gran población. Lo mismo sería aplicable, por ejemplo, al municipio de L'Hospitalet de Llobregat, que a 1 de enero de 2002, contaba con 244.323 habitantes.

nueva corporación surgida de las elecciones locales a celebrar en 2007.

2.1.4. Municipios de aplicación potestativa

Junto a los municipios en que la aplicación del régimen de organización del nuevo título X de la LRBRL es automática y preceptiva, nos encontramos con otros en los que puede aplicarse también, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

Primero. Que se trate de municipios en los que concurra uno de los dos siguientes requisitos:

a) Que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas.

b) Que su población supere los 75.000 habitantes y presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales.

Por tanto, cuando se trate de capitales de provincia, autonómicas o sedes de instituciones autonómicas, no se requerirá ningún requisito adicional relativo a la población o sus circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales. En otro caso, se exige que la población supere los 75.000 habitantes y la concurrencia de circunstancias especiales de las reseñadas.

No obstante, el carácter “especial” de tales características es más bien un presupuesto retórico, al no definirse ni precisarse en absoluto ninguna referencia al respecto, siendo obvio que cualquier municipio podrá invocar tal “especialidad” de sus características, que, indistintamente, podrán ser económicas, sociales, históricas o culturales.

Según los datos del Instituto Nacional de Estadística, son municipios de más de 75.000 habitantes, núcleos de población existentes a 1 de enero de 2002 (excluidas las capitales de provincia y los municipios de más de 250.000 habitantes), por orden de población, los siguientes:

Municipios / habitantes

L'Hospitalet de Llobregat, 244.323
 Badalona, 210.370
 Elche-Elx, 201.731
 Móstoles, 198.819
 Cartagena, 188.003
 Sabadell, 187.201
 Jerez de la Frontera, 187.087
 Fuenlabrada, 179.735
 Alcalá de Henares, 179.602
 Terrassa, 179.300
 Leganés, 174.436
 Getafe, 153.868
 Alcorcón, 149.594
 La Laguna, 135.004

Marbella, 115.871

Santa Coloma de Gramenet, 115.568

Mataró, 109.298

Algeciras, 106.710

Dos Hermanas, 103.282

Torrejón de Ardoz, 101.056

Barakaldo, 95.515

Alcobendas, 95.104

Santiago de Compostela, 93.273

Reus, 91.616

Telde, 91.160

San Fernando, 88.333

Getxo, 84.024

Avilés, 83.511

Cornellà de Llobregat, 81.881

Parla, 80.545

Sant Boi de Llobregat, 80.041

Coslada, 79.862

Ferrol, 79.520

Lorca, 79.481

Puerto de Santa María, 77.747

Talavera de la Reina, 77.519

Ceuta, 76.152

Segundo. Que el respectivo ayuntamiento tome la correspondiente iniciativa.

Nada más indica el artículo 121 de la LRBRL, pues su apartado 2 es aplicable exclusivamente para los municipios a los que el régimen del título X sea de aplicación automática.¹⁰

En consecuencia, una vez se alcance la población requerida, el ayuntamiento podrá, o no, tomar la correspondiente iniciativa, no sujeta a plazo alguno.

Tal iniciativa corresponde aprobarla al Pleno de la corporación, de acuerdo con la letra o) del nuevo artículo 123.1 de la LRBRL, requiriéndose mayoría absoluta del número legal de miembros del Pleno, según el artículo 123.2 de la LRBRL.

Tercero. Que así lo decida la asamblea legislativa correspondiente.

Tampoco aquí indica la ley básica ninguna otra precisión, por lo que hay que entender que cada una de tales asambleas será soberana para fijar la tramitación de las iniciativas de los municipios en este sentido. Cabrá que la asamblea establezca un procedimiento específico, o que, simplemente, adopte el acuerdo correspondiente. Tal decisión tendrá carácter político-legislativa, no susceptible de recurso contencioso-administrativo ni de especial motivación.

Todas estas imprecisiones son consecuencia del accionado trámite parlamentario de este precepto, que en

10. Además del tenor de dicho apartado, que se refiere a un plazo máximo, incompatible con el carácter potestativo de la iniciativa, así resulta de la propia tramitación parlamentaria, pues tal apartado ya venía redactado así en el

proyecto, en que en todos los casos la aplicación del régimen del título X era obligatorio.

el proyecto de ley se ceñía a los municipios cuya población superara los 250.000 habitantes, capitales de provincia cuya población de sea superior a los 200.000 habitantes y municipios que fueran capitales o sedes de las instituciones autonómicas correspondientes, si así lo decidiesen las asambleas legislativas respectivas. Se presentaron en el Congreso las siguientes enmiendas:

–Número 51,¹¹ que proponía incluir en la letra a) a los municipios integrados en entidades metropolitanas y/o mancomunidades de municipios en los que se integre el municipio de gran población,¹² y en la letra c), a los municipios cuya situación, servicios y actividades que desarrolla tengan características similares a los de los grandes núcleos de población y así lo decidan las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.

–Número 75,¹³ que proponía añadir los municipios que sean capitales de provincia de más de 100.000 habitantes cuya área metropolitana supere los 300.000 habitantes; y los municipios turísticos, que son aquellos cuya población de derecho supera los 20.000 habitantes y su número de viviendas de segunda residencia supera al número de viviendas principales, de acuerdo con los datos oficiales del último Censo de Edificios y Viviendas, si así lo decidiesen mediante acuerdo del Pleno municipal.”

–Número 81,¹⁴ que proponía sustituir el apartado 1 diciendo que “las normas previstas en el título X serán de aplicación a los municipios cuya población supere la cifra de habitantes que señalen las comunidades autónomas en su legislación sobre régimen local para su respectivo ámbito territorial”. Para la enmienda, la Constitución atribuye al Estado la competencia para fijar las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, pero de la norma básica no puede derivar el establecimiento de un régimen uniforme para todo el Estado, de forma que quede un margen tan estrecho de desarrollo a las comunidades autónomas que les impida diseñar su régimen local conforme a las peculiares características de su realidad municipal. El proyecto insiste en la uniformidad, al aplicar a todas las grandes ciudades del Estado español un régimen orgánico uniforme y de esa forma se mantendrán dos sistemas locales homogéneos: uno para los municipios de régimen común y otro para las grandes ciudades, sin que las comunidades autónomas puedan variar sustancialmente los mismos para adaptar el régimen básico de esos ayuntamientos a su propio diseño de política de régimen local.

–Número 274,¹⁵ que proponía que el precepto dispusiera que las normas previstas en el título X fueran de aplicación a los municipios que reúnan las características que determinen las asambleas legislativas autonómicas correspondientes y en defecto de legislación autonómica, serán de aplicación: a) A los municipios ... (resto igual). Y ello, para permitir que las comunidades autónomas determinen los municipios a los que debe aplicarse este régimen especial, en función de la organización municipal propia de cada comunidad.¹⁶

El texto legal resultante procede de la aceptación parcial de estas enmiendas. El texto básico no deja ningún margen de intervención a las comunidades autónomas respecto de los municipios de más de 250.000 habitantes o capitales de provincia de más de 175.000 habitantes. En cuanto a los demás municipios citados en el artículo 121 de la LRBRL, la actuación de las comunidades autónomas queda subordinada a la iniciativa de los respectivos ayuntamientos, pero resulta imprescindible una decisión, precisamente de la asamblea legislativa, y no de ningún otro órgano de la comunidad.

Cabe concluir, pues, que la norma básica restringe sustancialmente las posibilidades legislativas de las comunidades autónomas, si bien en términos mucho menos estrictos que los contenidos en el proyecto de ley.

2.1.5. Exclusión del municipio de Barcelona

Como ha quedado adelantado, la disposición transitoria cuarta de la Ley 57/2003 establece que, en tanto no se apruebe su régimen especial, el título X de la LRBRL¹⁷ no será de aplicación al municipio de Barcelona.

Esta previsión no venía contenida en el proyecto de ley y fue objeto de numerosas enmiendas en la tramitación parlamentaria:

–La enmienda número 2 del Congreso, de totalidad, del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), insistía en que el proyecto no reconocía expresamente la Carta Municipal de Barcelona como elemento de autoorganización y autonomía de la capital de Cataluña y ello provocará una forzosa adaptación del régimen especial de Barcelona actualmente vigente al nuevo régimen especial de los municipios de gran población, vulnerando, de forma indirecta, los acuerdos del Ayuntamiento de Barcelona y del Parlamento de Cataluña, sin que se dé respuesta a las necesidades específi-

11. Don Joan Saura Laporta (Grupo Parlamentario Mixto).

12. La enmienda del Senado núm. 24, de don José Cabrero Palomares y don Eduardo Cuenca Cañizares (GPMX) insistió en la propuesta de añadir la mención a las entidades metropolitanas y/o mancomunidades de municipios.

13. Don José Núñez Castaín (Grupo Parlamentario Mixto).

14. Don Carlos Aymerich Cano (Grupo Parlamentario Mixto).

15. Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). En el mismo sentido, la enmienda núm. 210 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de

Convergència i Unió (GPCIU).

16. En coherencia con lo anterior, la enmienda núm. 275 proponía la supresión de los apartados 2 y 3 del mismo artículo 121.

17. El texto legal dice “título X de esta ley”, que literalmente sería de la Ley 57/2003, que no lo contiene. Obviamente, se trata de un lapsus, pues ha de referirse a la LRBRL.

cas de la ciudad. Asimismo, el proyecto de ley no garantiza un calendario para la aprobación, por parte del Estado, del desarrollo de la Carta Municipal de Barcelona y que deberá ser aprobado en las Cortes Generales.

—Las número 60 y 61 del Congreso¹⁸ propusieron incluir la obligación del Gobierno de presentar al Parlamento una normativa de régimen especial para el municipio de Barcelona, constituyéndose al efecto la correspondiente comisión; así como que los municipios de Madrid y Barcelona pudieran optar entre seguir rigiéndose por el régimen especial aprobado o que se les aplique, total o parcialmente, el régimen previsto en la presente ley. En la justificación se citaba la Carta Municipal de Barcelona aprobada por el Parlamento de Cataluña, significando el proyecto la práctica derogación de su régimen especial, aprobado a instancia del Ayuntamiento de Barcelona.

—Las número 255 y 256 del Congreso¹⁹ eran de un tenor análogo a las que acaban de citarse, insistiendo en la aprobación por el Parlamento de Cataluña, a petición del Ayuntamiento de Barcelona, de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona. Entre las materias que contempla dicha carta figura la de su organización, que se reguló de acuerdo con lo que aconsejaba una larga experiencia de gobierno municipal, y el proyecto supone dejar sin efecto dichas disposiciones, es decir, la práctica derogación del régimen especial aprobado por el Parlamento de Cataluña a instancias del Ayuntamiento de Barcelona.

—La número 277 del Congreso²⁰ proponía una disposición adicional análoga a la finalmente aprobada como disposición transitoria cuarta, añadiendo la obligación del Gobierno de presentar ante las Cortes Generales un proyecto de ley que desarrolle las previsiones contenidas en la Carta de Barcelona. Se mencionó en la justificación que el planteamiento del proyecto no respetaba los acuerdos alcanzados en el Ayuntamiento de Barcelona y el Parlamento de Cataluña al impulsar la Carta de Barcelona, así como que el Ayuntamiento de Barcelona, en su pleno del pasado 17 de julio de este año 2003, aprobó un acuerdo en el que se solicitaba expresamente a todas las formaciones políticas y todas las instituciones realizar las acciones oportunas para que el título X no sea de aplicación a la ciudad de Barcelona.

El texto aprobado por el Congreso recogió la que ha pasado a ser la disposición transitoria cuarta, pero no el compromiso de tramitación inmediata de la Carta de

Barcelona, lo que provocó una propuesta de veto y la enmienda número 212 en el Senado,²¹ señalando el poco interés en acelerar, de forma efectiva, la aprobación de la parte estatal de la Carta Municipal de Barcelona, que podría quedar en una cierta “vía muerta”.

De esta forma, el municipio de Barcelona queda excluido de la aplicación del título X de la LRBRL y el futuro de la Carta Municipal, en su parte estatal, a expensas de lo que se disponga en la nueva legislatura.

2.1.6. Cabildos insulares canarios

Según la nueva disposición adicional decimocuarta de la LRBRL, añadida en la tramitación parlamentaria de la Ley 57/2003,²² determinadas normas del título X de la LRBRL serán de aplicación a los cabildos insulares canarios que reúnan los requisitos que se citan.

En lo que es objeto de la presente ponencia, acerca de la organización económica, será aplicable a los cabildos incluidos el capítulo III del título X de la LRBRL, salvo el artículo 137. De esta forma, les será de aplicación la organización económico-financiera de los municipios de gran población,²³ pero con la esencial salvedad del órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas regulado en el artículo 137, que no existirá en dichos cabildos.

Los cabildos insulares canarios a los que será de aplicación el título X de la LRBRL, con las salvedades citadas, serán:

—Aquellos de islas cuya población sea superior a 175.000 habitantes.

—Los restantes de islas cuya población sea superior a 75.000 habitantes, siempre que así lo decida mediante ley el Parlamento de Canarias a iniciativa de los respectivos cabildos.

2.2. Ámbito de aplicación temporal

2.2.1. Comienzo de aplicación

La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, entró en vigor el 1 de enero de 2004 (disposición final tercera).

Pero ello no quiere decir que en tal fecha entrara en funcionamiento la nueva organización prevista en el título X de la LRBRL, pues la misma requiere la aprobación de las correspondientes normas de adaptación. En tal sentido, es de aplicación lo previsto en la importante disposición transitoria primera de la Ley 57/2003, que establece las siguientes reglas:

aplicar a los cabildos insulares de una organización similar a las ciudades de gran población.

23. Sin ninguna especialidad organizativa que se desprenda de la citada disposición adicional decimocuarta, en la que se citan numerosas adaptaciones de preceptos del capítulo II del título X, pero ninguna relativa al capítulo III.

18. Don Joan Saura Laporta (Grupo Parlamentario Mixto).

19. Grupo Parlamentario Socialista.

20. Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió).

21. Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU).

22. Al acogerse en el Senado la enmienda núm. 8 del Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición Canaria (GPCC), con la escueta motivación de

1.^a) Los plenos de los ayuntamientos a los que resulte de aplicación el régimen previsto en el título X de la LRBRL, introducido por la Ley 57/2003, dispondrán de un plazo de seis meses desde su entrada en vigor para aprobar las normas orgánicas necesarias para la adaptación de su organización a lo previsto en el dicho título.

2.^a) En tanto se aprueban tales normas, continuarán en vigor las normas que regulen estas materias en el momento de entrada en vigor de esta ley.

3.^a) Igual previsión será de aplicación a los plenos de los cabildos que queden incluidos en el ámbito de aplicación de la disposición adicional decimocuarta.

Esta disposición adicional, sin embargo, deja varios y delicados aspectos abiertos:

a) En primer lugar, sólo será de aplicación a aquellos municipios de gran población en los que el régimen de organización sea automático y obligatorio, esto es, los de más de 250.000 habitantes y las capitales de provincia de más de 175.000 habitantes (y los cabildos insulares canarios de islas con población superior a 175.000 habitantes).

En tales municipios, continuarán siendo de aplicación las normas organizativas anteriores, en tanto no se aprueben las correspondientes normas orgánicas de adaptación. El plazo de aprobación será de seis meses, es decir, antes del 1 de julio de 2004.

b) Aunque nada se establece para los demás municipios (y cabildos), en los que se requiere iniciativa de los mismos y decisión de la asamblea legislativa, hay que entender que ese plazo máximo de seis meses habrá de computarse no desde la entrada en vigor de la Ley 57/2003, sino desde la decisión de la referida asamblea, o más exactamente, desde su publicación.

c) En todo caso, cuando la disposición habla de “aprobar” las normas orgánicas, no precisa si está tratándose de la aprobación formal, de la publicación o de la eventual entrada en vigor diferida. Son cuestiones de gran transcendencia práctica que no debieran haber quedado en la más absoluta indeterminación.

No obstante, como la finalidad de la disposición transitoria es la aplicación efectiva del nuevo régimen organizativo a partir del 1 de julio de 2004, ha de sostenerse que en tal fecha habrá de haber sido, no sólo aprobada, sino también publicada y con efectiva vigencia. Por tanto, sólo cabrán entradas en vigor diferidas si tienen como tope temporal máximo la señalada fecha del 1 de julio de 2004.

Hay que temer, sin embargo, que aplicando el conocido axioma jurídico-popular de que todos los plazos sólo tienen un día, el último, se demore la aprobación hasta finales de junio de 2004 y la publicación rebase la fecha límite legal, con lo que se plantearán agudos problemas de retroactividad.

d) No menor es el problema que suscita la continuación de la vigencia de las anteriores normas orgánicas en tanto no se aprueben las nuevas de adaptación. Nada que objetar cuando se trate del período de 1 de enero de 2004 a 1 de julio de 2004.

Pero resultaría bien abusivo que, transcurrida esta última fecha sin haberse aprobado las nuevas normas orgánicas de adaptación, continuaran *sine die* en vigor las anteriores, lo que equivaldría dejar en manos de las corporaciones locales afectadas la aplicación de la ley.

No obstante, la solución contraria, esto es, la aplicación directa de la nueva organización a partir del 1 de julio de 2004, aunque no se hayan dictado las normas orgánicas de adaptación, resulta inviable en la práctica, por la propia naturaleza de tales normas.

Ahora bien, cuando, como es el caso del órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas, la propia ley crea un derecho para los contribuyentes (que su reclamación sea vista por un órgano independiente técnicamente, con celeridad y gratuidad), no puede quedar vacío por el eventual incumplimiento de la Ley por la corporación local. Ha de sostenerse, por tanto, que a partir del 1 de julio de 2004 se podrán interponer en todo caso reclamaciones económico-administrativas en aquellos municipios en que sea de aplicación el artículo 137 de la LRBRL, con independencia de que haya sido regulado y haya entrado o no en funcionamiento, sin perjuicio de su tramitación cuando sea prácticamente viable y de la responsabilidad patrimonial en que incurriría el ayuntamiento que no cumpliera la ley. Y, ¿*quid* si hay un bloqueo en la corporación y no se alcanza la mayoría absoluta para la aprobación de la regulación de este órgano del artículo 137, que exige el artículo 123.2 en relación con la letra c) del artículo 123.1, o para el nombramiento de sus miembros, conforme al artículo 137.4?

2.2.2. Término de aplicación

De forma discutible, pero sin duda eficaz, el apartado 3 del nuevo artículo 121 de la LRBRL dispone que los municipios a los que resulte de aplicación el régimen previsto en el título X de la LRBRL, continuarán rigiéndose por el mismo aun cuando su cifra oficial de población se reduzca posteriormente por debajo del límite establecido.

La solución es clara en los casos de aplicación automática y obligatoria del título X: pese a que la cifra de población se reduzca de los 250.000 o 175.000 habitantes, se continuará aplicando el título X. La solución es diferente a la prevista para la cesión de recaudación de impuestos del Estado en el artículo 112 quáter de la LHL (con carácter cuatrienal se revisa el conjunto de municipios según el cumplimiento del requisito de población), pero no resulta objeta-

ble,²⁴ por la simplicidad que representa y los problemas prácticos que se derivarían de una fluctuación de población que obligara a sucesivos cambios de régimen organizativo.

Por el contrario, para los casos de aplicación potestativa del mismo régimen, no parece coherente que si la inclusión se ha de deber a iniciativa del respectivo ayuntamiento, no quepa predicar la posibilidad de exclusión, ni siquiera cuando la cifra de población se reduzca por debajo de los límites legales.

En todo caso, la Ley 57/2003 convierte la iniciativa municipal y la decisión de la asamblea legislativa en irrevocables, con todas las ventajas e inconvenientes que se derivan de ello.

3. Criterios de la gestión económico-financiera

El nuevo artículo 133 de la LRBRL recoge en ocho apartados los criterios a que ha de ajustarse la gestión económico-financiera de los municipios a los que sea de aplicación el título X de la misma ley:

1) Cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación que lo regule. Se trata de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, y de la Ley orgánica 5/2001, de 13 de diciembre. Su estudio excede notoriamente del objeto de las presentes notas,²⁵ aparte de ser este criterio una mera reiteración de otras normas legales.

2) Separación de las funciones de contabilidad y de fiscalización de la gestión económico-financiera. Según la Exposición de motivos de la Ley 57/2003, esta separación de funciones trata de ofrecer una respuesta a la complejidad que estas funciones presentan en los municipios de gran población, lo que hace aconsejable la adopción de este nuevo modelo.

3) La contabilidad se ajustará en todo caso a las previsiones que en esta materia contiene la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales. Se trata de los artículos 181 a 193 de dicha ley. Es una pura reiteración, carente de cualquier utilidad.

4) El ámbito en el que se realizará la fiscalización y el control de legalidad presupuestaria será el presupuesto o el estado de previsión de ingresos y gastos, según proceda.

5) Introducción de la exigencia del seguimiento de los costes de los servicios.

6) La asignación de recursos, con arreglo a los principios de eficacia y eficiencia, se hará en función de la definición y el cumplimiento de objetivos.

7) La administración y rentabilización de los excedentes líquidos y la concertación de operaciones de tesorería se realizarán de acuerdo con las bases de ejecución del presupuesto y el plan financiero aprobado.

8) Todos los actos, documentos y expedientes de la Administración municipal y de todas las entidades dependientes de ella, sea cual fuere su naturaleza jurídica, de los que se deriven derechos y obligaciones de contenido económico estarán sujetos al control y fiscalización interna por el órgano que se determina en esta ley, en los términos establecidos en los artículos 194 a 203 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales.²⁶

No parece que estos criterios aporten ninguna novedad de relieve respecto de lo previsto en la LHL y demás legislación aplicable, por lo que podría haberse prescindido de este precepto redundante.

4. Órgano u órganos de gestión económico-financiera y presupuestaria

Las reglas legales para los municipios de gran población son las siguientes:

a) Las funciones de presupuestación, contabilidad, tesorería y recaudación serán ejercidas por el órgano u órganos que se determinen en el reglamento orgánico municipal (artículo 134.1 de la LRBRL).

Pero esta disposición quedará sin efecto, en lo que respecta a la función de recaudación, si el ayuntamiento hace uso de la habilitación contenida en el artículo 135 de la LRBRL y crea un órgano de gestión tributaria al que atribuye las funciones de recaudación (artículo 135.3).

b) El titular o titulares de dicho órgano u órganos deberá ser un funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional, salvo el del órgano que desarrolle las funciones de presupuestación (artículo 134.2 de la LRBRL).

24. En la tramitación parlamentaria se rechazó la enmienda núm. 68 del Congreso (Don José Antonio Labordeta Subías, del Grupo Parlamentario Mixto), que pretendía la siguiente redacción: "Los municipios a los que resulte de aplicación el régimen previsto en este título dejarán de regirse por el mismo, cuando su cifra oficial de población se reduzca posteriormente por debajo de los límites establecidos en esta ley, según la revisión del padrón municipal a que se refiere el artículo anterior", y ello porque, se justificaba, no se deben marcar excepciones al ámbito de aplicación del nuevo régimen de organización de los municipios de gran población, ya que puede dar lugar a una clara desigualdad entre ciudades con los mismos habitantes.

También se rechazó la enmienda núm. 221 del Congreso (y sus clónicas núms. 97 y 179 del Senado), todas de los grupos parlamentarios socialistas, en la que se pretendía añadir al precepto que "No obstante en este supues-

to el Pleno podrá acordar por mayoría absoluta del número legal de sus miembros la no-aplicación del régimen previsto en este título", con la motivación de permitir que el Pleno del ayuntamiento pueda en caso de que su cifra de población se reduzca posteriormente por debajo de los límites legales regirse por el sistema común de organización.

25. Cfr. J. L. REQUERO IBÁÑEZ: "Estabilidad presupuestaria y servicios públicos locales (estado de la doctrina)", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 3, octubre de 2003, págs. 7-19.

26. La letra h) del artículo 133 de la LRBRL resulta de la incorporación de la enmienda núm. 173 del Congreso (Grupo Parlamentario Popular), con la siguiente justificación, pretender concretar la modalidad de control y fiscalización aplicable en cada caso, de entre las previstas en la ley: función interventora, control financiero y control de eficacia.

Según la primera de las reglas, habrá de ser el reglamento orgánico municipal el que determine si las cuatro funciones que se citan (presupuestación, contabilidad, tesorería y recaudación) se ejercen por uno o por más órganos. La de recaudación se ejercerá, en su caso, por el órgano de gestión tributaria, si se crea.

La segunda de las reglas atribuye la titularidad del órgano encargado de las tres últimas funciones (contabilidad, tesorería y recaudación) a un funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional. En cambio, en cuanto a la primera de ellas (presupuestación), no rige este discutido requisito.²⁷

5. Órgano de gestión tributaria

5.1. Creación

El nuevo artículo 135 de la LRBRL habilita al Pleno de los municipios de gran población para crear un órgano de gestión tributaria. Como ya ha quedado destacado, es el único de los órganos económico-financieros del nuevo título X de la LRBRL cuya creación es potestativa.

Este carácter potestativo elimina cualquier problema en cuanto a las fechas de entrada en funcionamiento, que quedará a la decisión del Pleno respectivo, que de la misma forma que está habilitado para crear el órgano, podrá posteriormente suprimirlo. Como el acuerdo de creación de este órgano no se encuentra entre los que, según el artículo 123.2 de la LRBRL requieren mayoría absoluta, bastará la mayoría simple de votos.

Este órgano no venía previsto en el proyecto de ley, siendo incluido en la tramitación parlamentaria, al incorporarse una enmienda²⁸ cuya justificación consistía en que las competencias relativas a la gestión, liquidación e inspección de tributos locales no se atribuyen expresamente a ningún órgano municipal por lo que quedan englobadas en la cláusula residual del artículo 21.1 letra s), que asigna al alcalde todas aquellas funciones que no estén atribuidas a otros órganos municipales. Por otra parte, las competencias en materia de recaudación se encomiendan al tesorero. Para conseguir una gestión integral del sistema tributario municipal, se considera conveniente que todas estas funciones puedan ser ejercidas por un órgano creado a tal fin.

5.2. Competencias

El órgano de gestión tributario será el responsable de ejercer como propias las competencias que a la Administración tributaria local le atribuye la legislación tributaria (último inciso del artículo 135.1 de la LRBRL).

De forma redundante, y simplemente ejemplificativa, el apartado 2 del mismo artículo 135 de la LRBRL señala las competencias que “al menos” corresponderán a este órgano de gestión tributaria. Son las siguientes:

a) La gestión, liquidación, inspección, recaudación y revisión de los actos tributarios municipales.

En cuanto a la revisión de actos tributarios municipales, ha de efectuarse alguna precisión: esta competencia quedará ceñida a la resolución del recurso de reposición, que pasa a ser potestativo en los municipios de gran población (cfr. los artículos 108 y 137.3 de la LRBRL) y a las cuestiones relativas a la devolución de ingresos indebidos y corrección de errores. Por el contrario, las reclamaciones económico-administrativas serán competencia del órgano previsto en el artículo 137, mientras que la declaración de nulidad de pleno derecho seguirá correspondiendo al Pleno de la corporación, según el artículo 110.1 de la LRBRL, al que se remite el artículo 14.1 de la LHL, sin que pueda sostenerse una derogación tácita de tales preceptos.

b) La recaudación en período ejecutivo de los demás ingresos de derecho público del ayuntamiento.

Se trata de una función típica encomendada a los órganos de recaudación y que, en la práctica, se agota en el cobro de multas, esencialmente de tráfico.

c) La tramitación y resolución de los expedientes sancionadores tributarios relativos a los tributos cuya competencia gestora tenga atribuida.

Habrà de estarse a las importantes novedades que contiene la nueva Ley general tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre, con entrada en vigor el 12 de julio de 2004: LGT-2003) en materia de ejercicio de la potestad sancionadora. Esta competencia excluye, allí donde esté creado el órgano de gestión tributaria, la prevista en el artículo 211.5 de la nueva Ley general tributaria (LGT).

d) El análisis y diseño de la política global de ingresos públicos en lo relativo al sistema tributario municipal.

Si las anteriores competencias eran de gestión y ejecutivas, aquí comienzan las competencias puramente

27. Así se ha recogido finalmente en el texto legal, por la incorporación de la enmienda núm. 228 del Senado (Grupo Parlamentario Popular en el Senado), que la justificó señalando que la reserva de la titularidad de los indicados órganos a los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, debe limitarse a los que desempeñan funciones de contabilidad, tesorería y recaudación, pero no a los que realicen funciones de presupuestación ya que la legislación actual no contempla la reserva ni está justificada.

En cambio, se rechazaron las enmiendas núms. 29, 57, 139 y 243 del Congreso, y 45 y 115 del Senado, que, en esencia, sostenían no conveniente

volver a asignar estas competencias a los cuerpos de habilitación nacional, que tienen diseñado su campo de actuación en materia de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, no directamente en la gestión, y, en definitiva, se trata de que los municipios de gran población puedan desarrollar su capacidad de autoorganización en esta materia.

28. Enmienda núm. 174 del Congreso (Grupo Parlamentario Popular).

En virtud de la aceptación de la enmienda núm. 229 del Senado (Grupo Parlamentario Popular en el Senado), se perfiló la redacción del apartado 3 del precepto.

consultivas, relativas al análisis y diseño (hay que entender general y a modo de propuesta, porque las ordenanzas fiscales seguirán siendo aprobadas por el Pleno) de lo que se denomina “política global de ingresos”.

e) La propuesta, elaboración e interpretación de las normas tributarias propias del ayuntamiento.

Las dos primeras competencias (propuesta y elaboración de normas) son igualmente consultivas, mientras que la de interpretación resulta más problemática. En efecto, el artículo 13 de la LHL remite al artículo 107 de la aún vigente LGT, cuyo apartado 6 establece la competencia para contestar las consultas a los centros que tengan atribuida la elaboración, propuesta o interpretación de disposiciones en el orden tributario general. El citado artículo 13 de la LHL atribuye esta competencia, en materia de tributos locales, a la entidad que ejerza las funciones de gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales, por lo que, en virtud de la competencia que se comenta, corresponderá a este órgano de gestión tributaria de los municipios de gran población. Por fin, los artículos 88 y 89 de la LGT-2003 contienen el régimen legal de las consultas, destacando el carácter vinculante de todas las contestaciones a las consultas tributarias escritas y no sólo para el consultante sino también para otros obligados tributarios siempre que exista identidad entre su situación y el supuesto de hecho planteado en la consulta

f) El seguimiento y la ordenación de la ejecución del presupuesto de ingresos en lo relativo a ingresos tributarios.

Se trata de una competencia meramente instrumental, sin repercusiones para el contribuyente.

Como ya ha quedado señalado, las competencias anteriores no son las únicas que se pueden atribuir a este órgano de gestión. Son las competencias mínimas (“al menos”), pero cabe atribuirle otras adicionales, siempre que sean propias de la Administración tributaria local.

5.3. Finalidad

Según el primer inciso del artículo 135.1 de la LRBRL, la creación del órgano de gestión tributaria habrá de perseguir la consecución de una gestión integral del sistema tributario municipal.

La referencia al “sistema tributario municipal” está justificada por ser éste el término que utiliza el artículo 1.1 de la LHL, pero el mismo fue introducido en ésta como sinónimo de tema, cuestión o materia,²⁹ sin que quepa

hablar de “sistema” alguno en la actual regulación de los tributos locales, sino más bien de desorden y confusión.

La consecución de una gestión integral está inspirada en los órganos de gestión tributaria ya existentes en numerosas corporaciones locales, especialmente diputaciones, cuya experiencia ha de estimarse muy positiva.³⁰

En cambio, plantean serios problemas, tanto de legalidad como de peligro para los derechos de los ciudadanos en cuanto contribuyentes, la existencia de organismos privados con los que se contrata la gestión tributaria, problemas que, desgraciadamente, persisten tras la reforma de la Ley 57/2003.

5.4. Principios

De acuerdo con el siguiente inciso del mismo artículo 135 de la LRBRL, regirán los principios de eficiencia, suficiencia, agilidad y unidad en la gestión.

La eficiencia ha de referirse a la minimización de costes en la gestión tributaria, problema no menor, pero que no cabe subordinar a otras finalidades más esenciales, tanto de la gestión tributaria estricta (así, el principio de generalidad tributaria) como en la recaudación de otros ingresos (caso de las sanciones, que no deben imponerse con finalidad recaudatoria alguna, sino para los fines propios del ejercicio de la potestad sancionadora).

La suficiencia y agilidad son más bien deseos programáticos, que dependerán de los medios que se asignen al órgano, especialmente informáticos y telemáticos, materia que ha sufrido un espectacular vuelco en los últimos años, no sin problemas colaterales, pues por sofisticadas que sean las técnicas utilizadas, nunca cabrá el desconocimiento de los derechos de los contribuyentes.

La unidad en la gestión resulta redundante con la gestión integral, significando ambas la reunión en un solo órgano de las competencias derivadas de la gestión tributaria, entendida ésta en sentido amplio.

5.5. Titular de la función recaudatoria

Si el Pleno del ayuntamiento respectivo hace uso de la habilitación legal, creando el órgano de gestión tributaria que se analiza, la función de recaudación y su titular quedarán adscritos a este órgano (artículo 135.3 de la LRBRL).

En consecuencia, el titular de la función de recaudación, que deberá ser un funcionario de Administración

29. Cfr. E. ARAGONÉS BELTRÁN: “Estructura de la imposición local”, en *Financiación de los entes locales*, M. PONT MESTRES (coordinador), Diputación de Barcelona-Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 115.

30. Cfr., en particular, A. FERRER ACÍN: “La organización de los servicios de gestión tributaria en la Diputación de Barcelona”, en *Tratado de Derecho*

financiero y tributario local, J. J. FERREIRO LAPATZA (director), Diputación de Barcelona-Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 263-284).

local con habilitación de carácter nacional, tal como dispone el artículo 134.2 de la LRBRL, quedará adscrito al órgano de gestión tributaria, aunque no necesariamente habrá de ser el titular de éste.³¹

En todo caso, si se crea el órgano de gestión tributaria, la función de recaudación ya no se ejercerá por el órgano u órganos de gestión económico-financiera a que se refiere el artículo 134.1, sino por aquél.

6. Intervención general municipal

6.1. Denominación y titular

A diferencia de lo que ocurre con los demás órganos del capítulo III del título X de la LRBRL, el órgano responsable del control y de la fiscalización interna recibe, expresamente, la denominación de Intervención General Municipal (artículo 136.1).

De esta forma, mientras el respectivo ayuntamiento puede utilizar la denominación que prefiera para los demás órganos (algunos órganos de gestión tributaria de diputaciones incluso han acudido a denominaciones “de fantasía”), para el encargado del control y fiscalización se reserva privativamente la indicada denominación.

El titular de este órgano será nombrado entre funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional (artículo 136.3).³²

6.2. Funciones y ejercicio

A la Intervención General Municipal le corresponderá (artículo 136.1 de la LRBRL) la función pública de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, en su triple acepción de:

- Función interventora.
- Función de control financiero.
- Función de control de eficacia.

El control y la fiscalización del gasto público local viene regulado en los artículos 194 a 204 de la LHL. La misma triple acepción de esta función que recoge el artículo 136.1 de la LRBRL viene utilizada, en los mismos términos, por el artículo 194 de aquella ley.

La Intervención General Municipal ejercerá sus funciones con plena autonomía respecto de los órganos y entidades municipales y cargos directivos cuya gestión fiscalice, teniendo completo acceso a la contabilidad y a

cuantos documentos sean necesarios para el ejercicio de sus funciones (artículo 136.2 de la LRBRL). Se trata de una mera reiteración del principio ya recogido en el artículo 203 de la LHL, donde se utiliza la expresión “plena independencia” en lugar de “plena autonomía”.

6.3. Participación de los grupos políticos

Por el contrario, en la tramitación parlamentaria no se aceptaron aquellas enmiendas³³ que, en primer lugar, proponían que la Intervención General Municipal informara del ejercicio de su función pública de control y fiscalización interna así como del seguimiento de la ejecución presupuestaria del ejercicio al Pleno de la corporación, así como a los grupos políticos que así lo requieran, para garantizar que todos los miembros de la corporación conozcan la gestión económica-financiera y presupuestaria de la corporación.

Y tampoco aquellas³⁴ que proponían la creación de una oficina presupuestaria, dependiente del Pleno, cuyas funciones serían prestar asesoramiento a los grupos políticos en la tramitación de los presupuestos, informar acerca de la gestión del presupuesto del ejercicio y evaluar los efectos presupuestarios y económicos de las iniciativas que presenten los grupos políticos municipales así como de las iniciativas populares.

Según la justificación de las enmiendas rechazadas, se trataba de prever la existencia en los grandes municipios de una oficina presupuestaria vinculada al Pleno que facilitara la actuación política de los grupos municipales en el control económico y presupuestario.

7. Órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas

7.1. Introducción

El órgano “estrella” de la nueva organización económica de los municipios de gran población es el previsto en el artículo 137 de la LRBRL para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas.

Es un órgano especializado de carácter obligatorio, que habrá de existir necesariamente en todos los municipios a los que sea de aplicación el título X de la LRBRL, ya analizados (no existirá, por tanto, en Barcelona, donde continuará el Consell Tributari Municipal, ni tam-

31. En la tramitación parlamentaria se rechazó la enmienda núm. 66 del Senado (don Anxo Manuel Quintana González, BNG (Mixto), que proponía añadir al precepto un inciso señalando que “En este supuesto el titular del órgano de gestión tributaria deberá ser un funcionario de Administración local con habilitación nacional”, con la siguiente justificación: “No existen antecedentes en la Administración local de que ‘el manejo y custodia de los fondos públicos’ o la centralización de cobros y pagos municipales (funciones típicas de la tesorería, entre otras) se hayan atribuido a un órgano de

gestión tributaria y que no se hayan desempeñado bajo la responsabilidad de los funcionarios de Administración local con habilitación nacional.”

32. A diferencia de la titularidad de otros órganos, no se suscitó problema respecto del interventor en la tramitación parlamentaria.

33. Enmiendas núm. 244 del Congreso, y 116 y 187 del Senado (grupos parlamentarios socialistas).

34. Enmiendas núms. 246 del Congreso y 118 y 189 del Senado (grupos parlamentarios socialistas).

poco en los cabildos insulares canarios, por expresa salvedad legal).

Su prevista existencia es destacada por la Exposición de motivos de la Ley 57/2003, en línea con aspiraciones doctrinales anteriores:³⁵

“También se prevé la existencia de un órgano especializado para el conocimiento y resolución de las reclamaciones sobre actos tributarios de competencia local, cuya composición y funcionamiento pretenden garantizar la competencia técnica, la celeridad y la independencia tan patentemente requeridas por los ciudadanos en este ámbito. Este órgano puede constituir un importante instrumento para abaratar y agilizar la defensa de los derechos de los ciudadanos en un ámbito tan sensible y relevante como el tributario, así como para reducir la conflictividad en vía contencioso-administrativa, con el consiguiente alivio de la carga de trabajo a que se ven sometidos los órganos de esta jurisdicción.”

El abaratamiento y agilización de la defensa de los ciudadanos son, por tanto, los objetivos que se persiguen con el nuevo órgano. Sobre todo, lo primero, al hacer innecesario en muchas ocasiones acudir a un proceso jurisdiccional de indudable coste, no pocas veces totalmente desproporcionado con el interés económico en juego. Con ello se vienen creando situaciones de indudable inmunidad de los poderes públicos, convirtiendo en una especie de maldición el “vaya usted al contencioso”.

De la agilidad, por el contrario, cabría su cuestionamiento, por la tramitación, en la situación actual,³⁶ de un proceso contencioso-administrativo ante los juzgados (e incluso con apelación, que se tramita con preferencia) de duración muchas veces inferior a la de una reclamación económico-administrativa ante los tribunales que conocen de los tributos estatales.

La dilación en la tramitación de estos tribunales económico-administrativos estatales fue una de las causas prácticas esenciales de que en la de la LRRL de 1985, con efectos diferidos en este aspecto a 1986, suprimiera el conocimiento por los mismos de las reclamaciones en tributos locales.

Además, una consecuencia natural del principio de autonomía local ha de consistir en que sean las propias corporaciones locales quienes organicen el control jurí-

dico de sus actos administrativos en general, y tributarios en particular. Sin embargo, con la destacada salvedad del citado Consell Tributari Municipal de Barcelona, han tenido que transcurrir casi dos décadas sin la existencia de un auténtico autocontrol tributario, por las conocidas deficiencias del recurso de reposición (que incluso llegó a cuestionarse en cuanto a su obligatoriedad, por la confusión introducida por la Ley 30/1992).

La obligatoriedad de este órgano ha sido, sin embargo, cuestionada.³⁷ Pero visto que el ideal de que voluntariamente las corporaciones locales crearan este tipo de órganos no se ha visto cumplido, hay que estimar como positivo que el legislador básico lo imponga, aunque únicamente sea en los municipios de gran población.³⁸

7.2. Excurso sobre las reclamaciones económico-administrativas

Las controversias en materia de hacienda pública han tenido, desde muy antiguo, un tratamiento específico y no pocas veces polémico.

La propia Constitución de Cádiz (artículo 278) exceptuó del principio de unificación de fueros a los antiguos juzgados de la hacienda pública. El conocimiento de todas cuantas causas o negocios eran promovidos en que tuviera interés o experimentara perjuicio la hacienda pública, bien así en lo perteneciente a la recaudación, como en todos sus incidencias, anexidades y conexidades, correspondía privativamente a la jurisdicción de hacienda pública.

Así se regulaba en detalle en el título X del libro VI de la Novísima recopilación, en cuya Ley VII se recogía la Ordenanza de intendentes corregidores de 13 de octubre de 1749 de Fernando VII: “Los intendentes, por lo respectivo al ejercicio de la jurisdicción contenciosa en las dependencias de rentas, deberán conocer privativamente y con inhibición, como está mandado y prevenido, de todos los consejos, chancillerías, audiencias y tribunales, excepto el de hacienda, de todas las causas en que tuviere algún interés o perjuicio mi real hacienda, y de las que toquen a qualesquiera ramos de las generales o particulares, arrendadas o administradas de mi real cuenta, derechos feudales, servicios, diezmos e imposi-

35. Cfr. E. ARAGONÉS BELTRÁN: “El autocontrol jurídico de las corporaciones locales”, *Revista de Hacienda Local*, núm. 70, enero-abril de 1994, pags. 15-44, centrado en el análisis del Consell Tributari Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, donde se concluía la conveniencia de que se extendiera, hasta generalizarse, esta experiencia de un autocontrol jurídico ejercido por un órgano imparcial y de la máxima competencia, que prestigia a la corporación local que la ha puesto en marcha, que ampara y da confianza al contribuyente y que limita el número de controversias a un aparato judicial enormemente sobrecargado.

36. Que podría estropear la reciente distribución de competencias entre los juzgados y las salas por la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley orgánica del poder judicial, con entrada en vigor el 16 de

enero de 2004, que vendrá a suponer trasladar a los primeros aproximadamente la mitad de los asuntos de los que anteriormente conocían las salas.

37. Así la enmienda núm. 31 del Congreso (Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida) propuso en la tramitación parlamentaria de la Ley 57/2003 proponía la posibilidad de que los municipios creen órganos técnicos de propuesta y no resolutorios, en materia económico administrativa y que el titular de la competencia resolutoria de los recursos pueda delegar dicha potestad.

En el mismo sentido, la enmienda núm. 47 del Senado.

38. Hubiera sido preferible una implantación general de este tipo de órganos, acudiéndose a las diputaciones provinciales para los municipios con dificultades de autoorganización.

ciones, y de todos los demás productos pertenecientes a mi real erario, así en lo respectivo a la cobranza como en todas sus incidencias, anexidades y conexidades, sin admitir a las partes recurso ni apelación, sino que sea a mi Consejo de Hacienda, en los casos y cosas que haya lugar; a quien deberán representar, si ocurriere alguno que toque a la defensa de la jurisdicción privativa de su conocimiento, por embarazo o impedimento que por cualquiera se intente, para que dándome cuenta, pueda tomar las providencias necesarias al mejor curso de los negocios de mis reales intereses.”

El Decreto ley de 6 de diciembre de 1868, de unificación de fueros, y la Ley provisional sobre organización del poder judicial de 15 de septiembre de 1870, suprimieron el fuero especial de hacienda, atribuyendo a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los negocios civiles en que tuviera interés el Estado y los de contrabando y defraudación.

A partir de ahí son ya conocidas las vicisitudes por las que pasa el contencioso-administrativo en general, por el que se tramitan los recursos de tal naturaleza. Pero, en todo caso, y es lo que importa a nuestros efectos, los procedimientos de cobranza siempre han sido exclusivamente administrativos (y con importantes especialidades respecto de los administrativos generales), y, sobre todo, ha subsistido en todo momento lo gubernativo o administrativo de la hacienda pública.

Tomamos de la voz “hacienda pública” del *Diccionario Alcubilla de la Administración Española*,³⁹ las siguientes disposiciones:

–Decreto de 15 de agosto de 1873, que centralizó en la Secretaría del ministerio la preparación para el despacho de todos los expedientes que exigieran resolución del ministro o del Consejo.

–Real decreto de 6 de octubre de 1874, sobre reglas para la tramitación de asuntos en la Administración central, que puede considerarse el precedente más señalado del Reglamento de 31 de diciembre de 1881 sobre procedimiento económico-administrativo, dictando disposiciones para regularizar el despacho de los expedientes en la Dirección y Secretaría del ministro y que fue expresamente derogado por el Reglamento de 5 de enero de 1875. Según recoge García de Enterría,⁴⁰ el Reglamento de 31 de diciembre de 1881, del ministro Camacho, fue un intento de agilizar la resolución de los veinte mil expedientes que, según el preámbulo, dormían el sueño de los justos en el Ministerio de Hacienda.

–Real decreto de 15 de abril de 1890, que aprobó el reglamento en las reclamaciones económico-administrativas, en cumplimiento de la Ley de 19 de octubre

de 1889, de procedimiento administrativo. Para García de Enterría, este Reglamento de 15 de abril de 1890 inició la que luego sería característica definitoria del sistema, es decir, la distinción entre actos de gestión y resolución de reclamaciones.

–Real decreto de 19 de diciembre de 1892, de creación del Tribunal Gubernativo de la Hacienda Pública. Según se lee en el expresado *Alcubilla* (pág. 323), este real decreto que lleva la firma de Gamazo, inició una novedad cuyos resultados, a juzgar por las vicisitudes por que ha pasado, parece que no correspondieron a las esperanzas de su insigne autor; pero el tiempo, con su implacable juicio, ha venido a desautorizar a los detractores rutinarios de su acertada obra, consolidando una institución que marca época en la historia de nuestra legislación económica, en la cual han sido más frecuentes los errores que los aciertos, acaso por el prurito de aportar cada ministro al acervo legislativo sus personales ideas, sin concertarlas con el caudal legislativo existente y sin considerar el mayor beneficio que reporta el bien público la perfección discreta de lo existente, ya experimentado, por su total sustitución por una obra nueva de inseguros frutos. La obra financiera de Gamazo ha sufrido de ese afán reorganizador, pero quedan de ella dos jalones muy señalados: este Tribunal Gubernativo tan llevado y traído, y los principios básicos de la vigente Ley de Administración y contabilidad.

–El Tribunal Gubernativo fue suprimido por el Real decreto de 16 de julio de 1895. Fue reestablecido por el Real decreto de 30 de octubre de 1897, que, además, determinó su competencia y funciones. Por el Real decreto de 30 de agosto de 1901, del Sr. Urzáiz, se crearon, además, tribunales gubernativos provinciales.

–Por el Real decreto de 1 de septiembre de 1902, del Sr. Eguilior, fueron suprimidos los tribunales gubernativos, tanto los provinciales como el central. Por el real decreto de la misma fecha se aprobó un nuevo Reglamento del procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas.

–Por el Real decreto de 16 de diciembre de 1902, del Sr. Villaverde, fue reestablecido el Tribunal Gubernativo, disposición que fue desarrollada por la Real orden de 17 de diciembre de 1902, sobre reglas para el orden y régimen interior del Tribunal Gubernativo Central.

–Por el Real decreto de 13 de octubre de 1903 se aprobó con carácter definitivo el Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, suscrito por el Sr. González Besada.⁴¹

Los llamados *tribunales económico-administrativos* recibieron tal nombre con el Real decreto ley de 16 de

39. De don Marcelo Martínez-Alcubilla, tomo VIII, 1919, págs. 251-539.

40. *Curso de Derecho administrativo*, quinta edición, Civitas, Madrid, 1998, vol. II, pág. 536.

41. Su texto íntegro puede verse en *Alcubilla*, citado, págs. 419-430.

junio de 1924, siendo regulado el procedimiento por el Reglamento de 29 de junio de 1924.

El Reglamento de 1924 estuvo vigente hasta su sustitución por el de 26 de noviembre de 1959, dictado al amparo de la disposición final tercera de la Ley de procedimiento administrativo de 1958. El de 1959 fue sustituido por el de 20 de agosto de 1981, consecuencia de la Ley de bases de 5 de julio de 1980 y el Real decreto legislativo de 5 de julio de 1980, sobre procedimiento económico-administrativo. Estas normas legales de 1980 son derogadas por la nueva LGT (Ley 58/2003, de 17 de diciembre, con entrada en vigor el 1 de julio de 2004).

Entretanto, sin embargo, se promulgó por el Real decreto 391/1996, de 1 de marzo, el actualmente vigente Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas (REPREA), para acomodarlo a las variaciones operadas tanto en el orden legislativo (esencialmente, la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común) como en el socio-económico.

Según la disposición derogatoria única de la LGT-2003, las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de los textos legales derogados (como es el caso de las relativas al procedimiento económico-administrativo), continuarán vigentes en tanto no se opongan a lo previsto en aquélla, hasta la entrada en vigor de las distintas normas reglamentarias que puedan dictarse en desarrollo de la misma.

7.3. Lo económico-administrativo local

Si positiva ha de considerarse la creación obligatoria en los municipios de gran población de un órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas, no puede decirse lo mismo de la remisión que en el artículo 137.5 de la LRBRL se efectúa, en todo caso, a la Ley general tributaria y a la normativa estatal reguladora de las reclamaciones económico-administrativas.

Aparte los problemas prácticos que plantea la remisión, que se analizan más adelante, este mimetismo con los órganos y la normativa estatal resulta, además de lesiva para la autonomía local, francamente peligrosa, habida cuenta del comprobado desinterés del legislador tributario estatal respecto de la problemática tributaria local al dictar pretendidas normas “generales” (con el título competencial habilitante de “Hacienda general”: artículo 149.1.14 de la Constitución), que en realidad son normas concebidas exclusivamente para la Hacienda estatal, y para su organización y problemática, suscitando enormes problemas la aplicación supletoria a la Hacienda local. Ni siquiera la nueva Ley general tributaria se aparta de tan viciosa práctica.

Debe propugnarse por ello la existencia y desarrollo de un auténtico “económico-administrativo” local, que responda a las exigencias del mundo local y que huya de los vicios del económico-administrativo estatal, especialmente la demora en la tramitación y resolución de las reclamaciones y algún que otro desmayo en la independencia técnica.

Nos encontramos al respecto en un momento decisivo: el nacimiento de unos nuevos órganos locales, que tienen la oportunidad de configurarse adecuadamente, siguiendo la estela del Consell Tributari Municipal del Ayuntamiento de Barcelona (no obstante las diferencias que quedarán resaltadas) y alejándose de los vicios del económico-administrativo.

7.4. Funciones

La función esencial del órgano especializado del artículo 137 de la LRBRL es el conocimiento y resolución de las reclamaciones sobre actos de gestión, liquidación, recaudación e inspección de tributos e ingresos de derecho público, que sean de competencia municipal, contenida en la letra a) del apartado 1 de dicho precepto.

La mención indiscriminada a los “ingresos de Derecho público” es muy desafortunada. Hay que entenderla en el sentido mucho más correcto a que se refieren las letras a) y b) del artículo 135.2 de la LRBRL: conocerá de las reclamaciones sobre actos de gestión, liquidación, recaudación e inspección de tributos de competencia municipal, sin ninguna otra restricción; y, también, de los actos de recaudación en período ejecutivo de los demás ingresos de Derecho público del ayuntamiento.

La precisión es obligada porque respecto de los ingresos de Derecho público no tributarios la competencia del órgano del artículo 137 ha de limitarse a los actos de recaudación en período ejecutivo, sin poder alcanzar al fondo de los mismos. Así ocurre con las competencias de los tribunales económico-administrativos estatales⁴² y así ha de ser para los órganos del artículo 137.

Por tanto, este órgano no podrá examinar el fondo del que trae causa el acto recaudatorio del ingreso no tributario, pero sí tanto la procedencia misma de la vía de apremio, analizando la concurrencia o no de los motivos de oposición a la misma, como cualquier oposición a los actos llevados a cabo en el procedimiento recaudatorio, tal como los defectos en el embargo o en las subastas.

En todo caso, como se desprende de la propia mención a los “actos”, queda excluida de la competencia del órgano el examen de las disposiciones generales de los

42. Cfr. la disposición adicional undécima de la nueva Ley general tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre).

ayuntamientos, sean ordenanzas o reglamentos. Contra las mismas no cabe recurso administrativo alguno (artículo 107.3 de la Ley de procedimiento administrativo común), sino que ha de acudir directamente al recurso contencioso-administrativo, del que conocerá la sala del correspondiente Tribunal Superior de Justicia, según la letra b) del artículo 10.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA).⁴³

Junto a la referida función esencial, las letras b) y c) del mismo artículo 137.1 de la LRBRL atribuyen a este órgano sendas funciones consultivas, a saber:

–El dictamen sobre los proyectos de ordenanzas fiscales.

–En el caso de ser requerido por los órganos municipales competentes en materia tributaria, la elaboración de estudios y propuestas en esta materia.

La primera de estas funciones no exige requerimiento previo, por lo que se convierte en automática y preceptiva. De esta forma, hay que entender modificado el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales (artículo 17 de la LHL) en los municipios de gran población, en los que habrá de mediar dictamen, previo a la aprobación provisional, del órgano del artículo 137 de la LRBRL, lo que habrá de tenerse muy presente para fijar el correspondiente calendario.

La elaboración de estudios y propuestas se solapa con la misma competencia del órgano de gestión tributaria, según la letra e) del artículo 135.2, si bien limitadas la de éste a la propuesta y elaboración de las normas tributarias propias del ayuntamiento. Esta función del órgano del artículo 137 viene limitada por la necesidad de requerimiento de los órganos municipales competentes en materia tributaria, únicos a los que se reconoce legitimación para ello. No obstante la existencia del órgano de gestión tributaria, hay que entender que el alcalde y el Pleno municipal estarán igualmente legitimados para este requerimiento.

43. En materia de contribuciones especiales, si bien los acuerdos de imposición y ordenación se han venido considerando disposiciones de carácter general, la STS de 29 de noviembre de 2002 (recurso de casación núm. 4640/1997) sienta la doctrina de que el acuerdo de imposición de las contribuciones especiales es acto administrativo con destinatario plural y no una disposición de carácter general, lo que acarrea importantes efectos en orden a la admisión de recursos jurisdiccionales y a la competencia para conocer de los mismos.

Según esta sentencia, el artículo 17 de la LHL regula, de forma conjunta, el procedimiento, tanto del establecimiento, supresión y ordenación de tributos locales, como de las aprobaciones y modificaciones de las ordenanzas fiscales de carácter municipal y si ninguna duda cabe que estas últimas constituyen disposiciones generales, por afectar con valor normativo a todos los ciudadanos en el ámbito territorial del respectivo municipio, los actos de ordenación de tributos, por el contrario, son actos administrativos con destinatario plural, ya que establecen las condiciones en que han de fijarse y exaccionarse los correspondientes tributos entre los obligados a su pago, sin que puedan asimilarse a las Ordenanzas.

Se hacen eco de la STS de 28 de noviembre de 2002: la STSJ de Andalucía (Granada) de 24 de marzo de 2003, destacando que los acuerdos de imposición son actos administrativos con destinatario plural y no disposiciones de carácter general, siendo por tanto improcedentes los recursos indirectos

Las funciones del órgano del artículo 137.1 de la LRBRL han de entenderse excluyentes de cualquier otra, que no podrá atribuirse en el reglamento orgánico correspondiente. Por ejemplo, si el ayuntamiento decide crear un órgano en defensa del contribuyente, lo podrá hacer, pero no atribuir esta función al órgano del artículo 137, perturbadora de sus propias competencias.⁴⁴ Todo ello, claro es, sin perjuicio de la variedad de casos (incluidas las quejas de los contribuyentes) sobre los que cabrá requerir la elaboración de estudios y propuestas.

7.5. Naturaleza de las resoluciones

7.5.1. Agotamiento de la vía administrativa

La resolución que dicte el órgano del artículo 137 de la LRBRL, resolviendo las reclamaciones a que se refiere la letra a) de su apartado 1, pone fin a la vía administrativa y contra ella sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 137.2).

Se trata de una disposición de gran trascendencia procesal. La reclamación ante este órgano se convierte así en un presupuesto procesal del propio recurso contencioso-administrativo, pues sólo su resolución pone fin a la vía administrativa. De no acudirse a tal órgano, el recurso contencioso-administrativo será inadmisibile, según la letra c) del artículo 69 de la LJCA, en relación con el artículo 25.1 de la misma.

Claro es que esta inadmisibilidad requerirá la correcta indicación de recursos en la correspondiente notificación, esto es, el carácter preceptivo de acudir en reclamación ante este órgano para poner fin a la vía administrativa y acudir posteriormente al órgano jurisdiccional. La precisión es de la mayor importancia, porque aquí predomina el estereotipo de la fórmula impresa o introducida en el ordenador, que no pocas veces yerra en la indicación de los recursos.

contra los mismos; así como varios autos del TSJ de Cataluña, que declinan la competencia en los juzgados para conocer de los recursos contra acuerdos de imposición y ordenación de contribuciones especiales.

En consecuencia, si de acuerdo con lo anterior, se consideran los acuerdos de imposición y ordenación como actos administrativos con destinatario plural y no disposiciones generales, habrá de interponerse la correspondiente reclamación ante el órgano del artículo 137 de la LRBRL.

44. Sin embargo, entre las competencias del Consell Tributari Municipal del Ayuntamiento de Barcelona se encuentra la resolución de las quejas que le hagan llegar en forma directa los contribuyentes.

Aunque el número de quejas no es considerable, se producen algunas disfunciones; así, la Memoria de 1989 destaca los numerosos casos de errores de planteamiento, que, no obstante, han sido subsanados por el propio Consell tratando de orientar a los reclamantes y realizando incluso gestiones ante los órganos competentes. Además, cuando se han denunciado por esta vía de la queja prácticas no ajustadas a derecho o de mal funcionamiento de órganos municipales, se ha tratado de organizar un procedimiento atípico que resulte equivalente a los de las impugnaciones clásicas de los recursos administrativos, con criterios de informalidad pero que han terminado con una propuesta que en todos los casos ha sido aceptada. Cfr. E. ARAGONÉS BELTRÁN: "El autocontrol jurídico de las corporaciones locales", en Revista de Hacienda Local, núm. 70, enero-abril de 1994, págs. 36-37.

El recurso contencioso-administrativo habrá de interponerse ante el juzgado de lo contencioso-administrativo de la provincia, bien contra la resolución expresa del órgano del artículo 137 o bien contra la desestimación tácita.

Aunque resulta terrible pensar que la hipótesis pueda darse en estos órganos municipales de nueva creación, ha de recordarse, en efecto, que les será de aplicación lo previsto en los artículos 240 y 247.3 de la LGT-2003, esto es, que la duración del procedimiento ordinario será de un año contado desde la interposición de la reclamación y de seis meses si se trata de procedimiento abreviado; y transcurridos estos plazos, el interesado podrá considerar desestimada la reclamación con el objeto de interponer el recurso procedente, cuyo plazo se contará a partir del día siguiente de la finalización del respectivo plazo de un año (procedimiento ordinario) o de seis meses (procedimiento abreviado).

Además, según los mismos preceptos, el órgano deberá resolver expresamente en todo caso y los plazos para la interposición de los correspondientes recursos comenzarán a contarse desde el día siguiente al de la notificación de la resolución expresa. Por fin, transcurrido un año o seis meses desde la iniciación sin haberse notificado resolución expresa y siempre que se haya acordado la suspensión del acto reclamado, dejará de devengarse el interés de demora.

Más terrible aun es comentar que en el supuesto de paralización del procedimiento ante este órgano más allá del plazo de prescripción de cuatro años, se produce la prescripción de la propia deuda tributaria en cuestión, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia.

7.5.2. Reposición potestativa

En forma mimética con lo que ocurre en los tributos estatales, el apartado 2 del artículo 137 hace posible que los interesados, con carácter potestativo, puedan presentar previamente el recurso de reposición regulado en el artículo 14.2 de la LHL. En este caso, contra la resolución del recurso de reposición, podrá interponerse la reclamación económico-administrativa ante el órgano del artículo 137.

De esta forma, la reclamación económico-administrativa no es un sustitutivo del recurso de reposición, que puede interponerse también con anterioridad, sin bien con carácter potestativo, el cual es reiterado en el ya citado nuevo artículo 108 de la LRBRL.

El recurso de reposición potestativa se regirá por lo dispuesto en el citado artículo 14.2 de la LHL. Además, y en cuanto a su relación con la reclamación económico-administrativa, habrán de tenerse en cuenta las siguientes reglas de la LGT-2003 (artículo 222.2):

–Si el interesado interpusiera el recurso de reposición no podrá promover la reclamación económico-administrativa hasta que el recurso se haya resuelto de forma expresa o hasta que pueda considerarlo desestimado por silencio administrativo.

–Cuando en el plazo establecido para recurrir se hubieran interpuesto recurso de reposición y reclamación económico-administrativa que tuvieran como objeto el mismo acto, se tramitará el presentado en primer lugar y se declarará inadmisibile el segundo.

7.5.3. Reclamación ante los órganos estatales

La reclamación regulada en el artículo 137 de la LRBRL se entiende sin perjuicio de los supuestos en los que la ley prevé la reclamación económico-administrativa ante los tribunales económico-administrativos del Estado (artículo 137.6).

Se trata de un precepto meramente reiterativo, introducido en la tramitación parlamentaria,⁴⁵ que reproduce, para las reclamaciones económico-administrativas ante el órgano del artículo 137, lo ya previsto en las letras a) y o) del artículo 14.2 de la LHL. También la letra e) del artículo 2 del REPREA atribuye a los tribunales económico-administrativos estatales la substanciación de las reclamaciones en materia de actos relativos a los tributos que constituyen ingresos de las haciendas locales en los casos en que así se disponga por la legislación reguladora de dichas haciendas.

Es una necesidad derivada de la conocida como “gestión compartida” o “bifronte” de los dos principales impuestos municipales, el impuesto sobre bienes inmuebles y el impuesto sobre actividades económicas, en los que junto a la gestión liquidatoria, competencia municipal, se encuentran, respectivamente, la gestión catastral y censal, que son competencia de la Administración Tributaria del Estado y contra cuyos actos ha de interponerse reclamación económico-administrativa ante los tribunales económico-administrativos estatales (artículos 11.4 de la Ley del catastro inmobiliario y 92.4 de la LHL).

Pocas cuestiones tributarias ocasionan mayores problemas prácticos que esta “gestión compartida”,⁴⁶ con resultados francamente escandalosos.⁴⁷

45. Enmienda núm. 175 del Congreso (Grupo Parlamentario Popular) con la siguiente justificación: en materia de gestión tributaria local los actos de gestión catastral del IBI y de gestión censal de IAE son dictados por la Administración Tributaria del Estado, por lo que se someten a reclamación económico-administrativa, pero ante los tribunales estatales.

46. Cfr. la STS de 25 de septiembre de 2001, dictada en recurso de casación en interés de la ley, que ha de dedicar varios folios a explicar el correc-

to camino impugnatorio de los actos censales del impuesto sobre actividades.

47. Un caso real: un contribuyente entiende que sólo debe computar una determinada superficie a efectos del IAE. El ayuntamiento inspecciona y levanta acta, gira liquidación e impone una sanción tributaria. El contribuyente, tras las correspondientes reposiciones, impugna la sanción ante el juzgado y el acto censal ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional.

7.6. Composición

En el acierto de la composición o constitución del órgano del artículo 137 de la LRBRL se encuentra, sin duda, la clave de su éxito o fracaso.

Se trata, en efecto, de un órgano que ejerce sus funciones con jurisdicción delegada⁴⁸ y con criterios de independencia técnica, por lo que la competencia de sus componentes será esencial para su funcionamiento.

El artículo 137.4, sin embargo, sólo señala los siguientes extremos:

a) Estará constituido por un número impar de miembros, con un mínimo de tres.

Es una regla que permite la toma de decisiones del órgano en virtud de la formación de mayorías. El mínimo serán tres miembros, pero su número podrá ampliarse, en función esencialmente de la carga de trabajo, que, a su vez, dependerá fundamentalmente de la población del municipio.

Nada se establece en el artículo 137, pero habrá de entenderse que uno de sus miembros ostentará la presidencia del órgano, pudiendo optarse bien porque lo designe directamente el Pleno o porque lo designen los miembros elegidos entre sí.

Según el artículo 12.3 del REPREA, el presidente del TEAC habrá de ser licenciado en Derecho, sin que nada se establezca respecto de los tribunales regionales. En el órgano del artículo 137 de la LRBRL, habrá de ser el reglamento orgánico el que resuelva al respecto.

b) La designación corresponde al Pleno, con el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros que legalmente lo integran.

Tal como se configuran después las causas de cese, parece excluirse el nombramiento temporal, lo que supone un serio error, resultando preferible que el mandato de los miembros del órgano del artículo 137 coincidiera con el mandato de la corporación, sin posi-

bilidad de cese durante el mismo, y tras constituirse dicha corporación habría de prorrogar la designación o proceder a nuevas designaciones.

Que, como se desprende de la causa de cese de “acuerdo del Pleno con la misma mayoría que para su nombramiento”, no exista ningún tipo de inamovilidad, siquiera sea temporal, puede suponer una seria amenaza a su independencia técnica.

c) La designación habrá de recaer en personas de reconocida competencia técnica.

En esta competencia se juega el órgano el ser o no ser.⁴⁹ Ahora bien, la competencia tiene que ser, a la vez, reconocida y técnica. Lo primero atiende a la trayectoria profesional previa del designado, sea en la cátedra universitaria, la judicatura, el ejercicio de la función pública o de la abogacía o asesoramiento. Además, aunque no lo exprese la norma, habrá de tratarse de titulados superiores. Y debe procurarse un adecuado equilibrio entre las procedencias citadas, sin predominio, por ejemplo, de profesores o de funcionarios.

En cuanto a la competencia técnica, habrá de venir referida a la materia tributaria, debiéndose procurar un predominio de la especialización jurídica sobre la puramente económica o mercantil.

d) La norma legal fija taxativamente las cuatro causas de cese de los designados: a petición propia (dimisión), por acuerdo del Pleno con la misma mayoría absoluta que para su designación, por condena mediante sentencia firme por delito doloso y por sanción mediante resolución firme por la comisión de una falta disciplinaria muy grave o grave. Para esta última causa se establece que solamente el Pleno podrá acordar la incoación y la resolución del correspondiente expediente disciplinario, que se regirá, en todos sus aspectos, por la normativa aplicable en materia de régimen disciplinario a los funcionarios del ayuntamiento.

El juzgado confirma la sanción (la carreta antes de los bueyes) y, tres años después, el TEAR estima la reclamación económico-administrativa. Pero el ayuntamiento no devuelve la sanción (dice que hay una sentencia firme) ni las liquidaciones pagadas (dice que son firmes y consentidas). Una sola y exclusiva cuestión va ya, entre alegaciones, reposiciones, recursos jurisdiccionales y reclamaciones económico-administrativas, por el noveno o décimo escrito de alegaciones.

Además, antes semejantes desatinos municipales, se fomenta un elevadísimo número de recurso contra liquidaciones basados en cuestiones privativas de la gestión censal, condenados a la inadmisibilidad o desestimación, siempre sin perjuicio de lo que se resuelva por el TEAR y en su caso la sala del TSJ.

Tres cuartos de lo mismo ocurre con la gestión catastral, esperpéntico cuando de valores catastrales elevados se trata, por que la cuestión de la valoración, tras pasar por el catastro, el TEAR y el TEAC, puede ser vista por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, con lo que el presupuesto de las sucesivas liquidaciones por IBI no se conoce definitivamente sino varios lustros después.

48. A diferencia, teóricamente, de lo que ocurre con el Consell Tributari de Barcelona, que, formalmente, como órgano de jurisdicción retenida, formulando propuestas de resolución, que, en la práctica, son asumidas por el órgano municipal competente para resolver.

49. Ello es evidente en el indudable éxito del Consell Tributari Municipal de Barcelona.

Un tema básico en relación con la independencia, la objetividad y la eficacia es la “competencia de sus miembros”, aunque ha de entenderse que tal cuestión es la clave de bóveda de toda esta materia. La competencia quizá no sea condición suficiente, pero es innegable que es condición necesaria para la independencia y la objetividad. Se trata de dictaminar jurídicamente sobre controversias del mismo carácter y, desde luego, quien carezca de una formación jurídica adecuada, no podrá ser independiente ni objetivo, por más que subjetivamente lo sea. La mejor garantía de independencia es la competencia y su peor ataque la incompetencia o falta de formación y de conocimientos jurídicos. Aquella famosa expresión de que todo juez ha de ser ante todo “bueno” y “si sabe algo de derecho, bienvenido sea” encierra una concepción mágica del Derecho que por más que esté profundamente arraigada, es la fuente de un sinfín de arbitrariedades. Sin duda, la contrastada competencia jurídica de los miembros del Consell ha sido también la piedra de toque de su prestigio y operatividad (E. ARAGONÉS BELTRÁN: «El auto-control jurídico de las corporaciones locales», en Revista de Hacienda Local, núm. 70, enero-abril de 1994, págs. 24-25).

Ya comentada la causa relativa al acuerdo del Pleno, resulta cuestionable que se exija la firmeza tanto de la sentencia condenatoria por delito doloso o por falta disciplinaria. Aunque la incoación de la causa penal o el expediente disciplinario no debe llevar consigo el cese, ni siquiera el procesamiento u otra medida cautelar, sí debiera hacer posible que el Pleno, sobre la base de ello, lo acordara.

Llama la atención que la norma legal no se refiera a causas de cese tan obvias como la edad (parece que se prescinde explícitamente de ella) o la incapacidad (que no puede excluirse, pese al silencio legal). Tampoco se dice nada sobre incompatibilidades, cuestión ciertamente delicada.

Igualmente, se carece de referencias legales sobre la retribución que habrán de percibir los miembros designados del órgano del artículo 137. Habrá de tener relación obvia con la dedicación, pero también con los requisitos exigidos para el nombramiento y la importancia de la función.

7.7. Funcionamiento

7.7.1. Criterios

El funcionamiento del órgano del artículo 137 de la LRBRL se basará en criterios de independencia técnica, celeridad y gratuidad (primer inciso de su apartado 5).

La *independencia* es técnica, pues ciertamente no puede predicarse una total independencia si no va acompañada de la inamovilidad y de procedimientos objetivos de nombramiento y separación. Pero dentro de estos condicionantes, la objetividad e independencia técnica del órgano resulta esencial, pues constituye su propia razón de ser. El órgano ha de ser autónomo en la toma de decisiones, con sujeción estrictamente al Derecho y sin poder recibir órdenes o instrucciones de la administración activa.

Sin embargo, debe quedar claro que se trata de un órgano administrativo, como administrativa es la naturaleza de la reclamación y de la resolución, y no de un órgano jurisdiccional.

La *celeridad* constituye en la práctica la comprobación de la propia eficacia. Pero, en estos comienzos del siglo XXI, los problemas temporales adquieren una dimensión por completo novedosa: especialmente, internet está imponiendo una forma nueva y distinta de medir el

tiempo, la sociedad ya no va a soportar la lentitud, el retraso, ni la masificación de las transacciones va a ser una excusa. Estamos ante una verdadera revolución en los conceptos, producto del uso generalizado de medios de comunicación como Internet, que va a afectar también a las administraciones públicas e incluso a los tribunales de justicia.⁵⁰ No obstante, la “aceleración” no parece compatible con la resolución de conflictos jurídicos, aunque sí una razonable celeridad.

La *gratuidad* es un criterio formal de indudable trascendencia y una de las razones de ser del órgano del artículo 137. No cabrá, pues, la imposición de tasas ni gravamen alguno por la interposición y substanciación de las reclamaciones.

Sin embargo, hay que entender aplicable el artículo 234.5 de la LGT-2003, donde se predica igualmente el carácter gratuito del procedimiento económico-administrativo, pero se añade que “no obstante, si la reclamación o el recurso resulta desestimado y el órgano económico-administrativo aprecia temeridad o mala fe, podrá exigirse al reclamante que sufrague las costas del procedimiento, según los criterios que se fijen reglamentariamente”.

Esta remisión de la norma reglamentaria que se efectúa en la LGT-2003, hay que entenderla hecha, para el órgano del artículo 137 de la LRBRL, al reglamento orgánico municipal, que, por tanto, deberá fijar los criterios para la determinación de las costas del procedimiento. Deberá tratarse de una escala en función de la cuantía del procedimiento.

7.7.2. Reglamento orgánico

El artículo 137.5 de la LRBRL remite a la regulación por reglamento aprobado por el Pleno de los aspectos que cita.

Habrà de ser un reglamento de naturaleza orgánica, según explícita mención de la regulación del órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas en el último inciso de la letra c) del artículo 123.1 de la LRBRL. Su aprobación requerirá el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros del Pleno (artículo 123.2 de la LRBRL).

El reglamento habrá de dictarse de acuerdo, en todo caso, con lo establecido en la Ley general tributaria y en la normativa reguladora de las reclamaciones económico-administrativas, sin perjuicio de las adaptaciones

50. Así lo pone de manifiesto J. M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS (“La revisión de los actos de gestión tributaria”, en Financiación de los entes locales, M. PONT MESTRES (coordinador), Diputación de Barcelona-Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 480-481), para quien debe hablarse incluso de un nuevo concepto del tiempo y de su valor, que va a introducir fatalmente internet, y que obligará a cambiar los comportamientos sociales. En un futuro cada vez más próximo, ni los particulares, ni en su caso las administraciones públicas, ni la Administración de justicia, podrán beneficiarse, estratégicamente, de la lenti-

tud y el desorden con que a veces actúan las administraciones y la propia justicia.

Las formas y los recursos, así como las garantías, no podrán instrumentalizarse para favorecer la lentitud y el retraso en la resolución de los conflictos. Paradójicamente, de la mano de internet, va a llegar un nuevo sentido y manera de valorar el tiempo y este cambio de actitud creará una nueva moralidad pública y unos nuevos comportamientos sociales, que afectarán a todos.

necesarias en consideración al ámbito de actuación y funcionamiento del órgano.

Esta conformidad con la normativa estatal afecta a los cinco aspectos que se citan en el artículo 137.5: composición, competencias, organización, funcionamiento y procedimiento.

La tarea de elaboración de este reglamento orgánico será ciertamente delicada, tanto por la dificultad de llevar a cabo las “adaptaciones necesarias” de la normativa estatal, como por la propia labilidad de ésta, pues promulgada la LGT-2003 (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), la misma no entra en vigor hasta el 1 de julio de 2004, mientras que todavía no se ha dictado el nuevo e imprescindible Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas.

Obviamente, parece del todo aconsejable demorar la entrada en funcionamiento de los nuevos órganos del artículo 137 de la LRBRL al momento de entrada en vigor de la LGT-2003, pues lo contrario exigirá un nuevo reglamento orgánico de adaptación a la misma.

Con esta precisión, se pasa a examinar separadamente los aspectos que han quedado reseñados.

7.7.3. Composición

No serán aplicables al órgano del artículo 137 de la LRBRL las normas relativas a los tribunales económico-administrativos estatales (artículos 12 a 21 del REPREA),⁵¹ sino las suyas propias, ya analizadas.

El reglamento orgánico municipal habrá de concretar el número de miembros del órgano, siempre impar y con un mínimo de tres, resolviendo sobre su presidencia. Será aplicable el artículo 28 del REPREA sobre abstención y recusación, adaptando su apartado 11.

Cuestión problemática será el propio nombre del órgano. Parece claro que el legal de “órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas”, además de inexpresivo no podrá prevalecer en la práctica por su extensión. Peor sería llamarle “órgano del artículo 137 de la LRBRL”, como hemos venido haciendo en estas notas por comodidad.

La denominación “Tribunal Económico-Administrativo del Ayuntamiento de...” presenta las ventajas propias del prestigio que lleva consigo y de remitirse a unos órganos ya conocidos, aunque no son, propiamente, tribunales en sentido técnico y se pueda producir alguna confusión con ellos.⁵²

Pese a estos inconvenientes, se estima preferible su utilización sobre otros con mayores inconvenientes: jurado, consejo, comisión, junta, etcétera.

7.7.4. Competencias

No serán aplicables las privativas de los tribunales estatales: artículos 226, 228 y 229 de la LGT-2003 y 8 a 11 del REPREA.

Por el contrario, el reglamento orgánico habrá de reflejar las competencias a que se refiere el artículo 137.1 de la LRBRL ya examinadas.

Sí serán de aplicación al órgano del artículo 137 las previsiones del REPREA sobre exclusividad de la competencia (artículo 4), abstención del órgano por falta de competencia (artículo 5) y caracteres de la competencia (artículo 7: irrenunciable e improrrogable, sin poder ser alterada por la sumisión de los interesados), si bien todos ellos habrán de adaptarse a las competencias propias de aquél.

Especial cuidado habrá de tenerse al precisar las competencias respecto a los ingresos de derecho público no tributarios, de acuerdo con lo ya expuesto (cfr. disposición adicional undécima de la LGT-2003, con las correspondientes adaptaciones).

Además, habrán de concretarse las competencias respecto a los actos susceptibles de reclamación, adaptando lo previsto en el artículo 227 de la LGT-2003 al ámbito de actuación del órgano del artículo 137 de la LRBRL. Por tanto:

–La reclamación económico-administrativa del artículo 137 de la LRBRL será admisible, en relación con las materias a las que se refiere el artículo 137.1.a), contra los actos siguientes: a) los que provisional o definitivamente reconozcan o denieguen un derecho o declaren una obligación o un deber, y b) los de trámite que decidan, directa o indirectamente, el fondo del asunto o pongan término al procedimiento.

–En materia de aplicación de los tributos, son reclamables: a) las liquidaciones provisionales o definitivas; b) las resoluciones expresas o presuntas derivadas de una solicitud de rectificación de una autoliquidación o de una comunicación de datos; c) los actos que denieguen o reconozcan exenciones, beneficios o incentivos fiscales; d) los actos que determinen el régimen tributario aplicable a un obligado tributario, en cuanto sean determinantes de futuras obligaciones, incluso formales, a su cargo; e) los actos dictados en el procedimiento de recaudación, y f) los actos respecto a los que la normativa tributaria así lo establezca.

–Serán reclamables asimismo los actos que impongan sanciones tributarias.

–No se admitirán reclamaciones económico-administrativas respecto de los siguientes actos: a) los que den lugar a reclamación en vía administrativa previa a la judicial, civil o laboral o pongan fin a dicha vía, y b) los dic-

51. Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, aprobado por el Real decreto 391/1996, de 1 de marzo, vigente en lo que no contradiga la nueva LGT y en tanto no se dicte otro nuevo.

52. La confusión, sin embargo, sólo sería destacable respecto de los llamados *tribunales económico-administrativos locales*, que son los de Ceuta y Melilla (artículo 11.2 del REPREA).

tados en virtud de una ley que los excluya de reclamación económico-administrativa (así, las ordenanzas fiscales, en cuanto disposiciones de carácter general).

Por otra parte, el reglamento orgánico habrá de regular las competencias o funciones consultivas de las letras b) y c) del artículo 137.1 (dictámenes sobre proyectos de ordenanza y elaboración de estudios y propuestas).

7.7.5. Organización

El Reglamento orgánico municipal habrá de decidir todo lo relativo al apoyo técnico y administrativo necesario, aunque cabrá remitirse al reglamento organizativo general.

En particular, se tendrán que definir las funciones del secretario (cfr. artículo 20 del REPREA) y la forma de su designación.

Es claro que el acierto en la organización del órgano, en lo que hace a su apoyo técnico, resultará decisivo para su buen funcionamiento y, en especial, para la predicha celeridad.

De las normas estatales ubicadas como de “organización” será de aplicación al órgano del artículo 137 de la LRBRL las que se refieren a la acumulación de reclamaciones económico-administrativas (artículo 230 de la LGT-2003 y artículos 44 y 45 del REPREA).

7.7.6. Funcionamiento

El reglamento orgánico dispondrá de un amplio margen para regular el funcionamiento del órgano del artículo 137 de la LRBRL, pues las normas del REPREA al respecto (artículos 12 a 20) habrán de ser adaptadas a las características de aquel órgano.

Por ejemplo, la división en secciones del órgano sólo será posible cuando el número de miembros lo permita.

Dos normas estatales son de aplicación en todo caso:

1.^a) La relativa a las actas de las sesiones (artículo 22 del REPREA).

2.^a) La novedosa norma sobre la actuación de forma unipersonal del artículo 231.4 de la LGT-2003, cuyo ámbito de aplicación se detalla en el artículo 245 de la misma ley.

Junto con la ampliación del plazo para la interposición de las reclamaciones, esta creación de órganos unipersonales es destacada en la Exposición de motivos de la LGT-2003 entre las novedades con la finalidad de agilizar la resolución de las reclamaciones y disminuir el núme-

ro de asuntos pendientes en los tribunales económico-administrativos.

El ámbito de actuación de estos órganos unipersonales, y del procedimiento abreviado por el que actúan, viene regulado en el artículo 245.1 de la LGT-2003. Dado que afecta al ámbito de actuación del órgano del artículo 137 de la LRBRL, todas las referencias que se efectúan al ámbito reglamentario, hay que entenderlas hechas al reglamento orgánico municipal y no al futuro desarrollo en la reglamentación estatal. Se trata de las siguientes reclamaciones

–Cuando sean de cuantía inferior a la que reglamentariamente se determine. Será el reglamento orgánico el que habrá de determinar esta cuantía, con lo que quedará en manos del Pleno municipal la decisión sobre la actuación real de las resoluciones por órgano unipersonal.

–Cuando se alegue exclusivamente: la inconstitucionalidad o ilegalidad de normas (habrá que incluir entre éstas las propias ordenanzas fiscales del ayuntamiento), falta o defecto de notificación, o insuficiencia de motivación o incongruencia del acto impugnado (no es de aplicación a los tributos locales la relativa a cuestiones relacionadas con la comprobación de valores).

–Cuando concurren otras circunstancias previstas reglamentariamente. Habrá de ser también el reglamento orgánico municipal el que concrete estas circunstancias.

Además, de acuerdo con los artículos 236.6, 238.1 y 239.4 de la LGT-2003, también podrá actuar de forma unipersonal el órgano económico-administrativo para la resolución de las cuestiones incidentales; para acordar la terminación del procedimiento por medio diferente de la resolución; y para declarar la inadmisibilidad de la reclamación.

7.8. Procedimiento

7.8.1. Interesados

Serán de aplicación al órgano del artículo 137 de la LRBRL las normas legales contenidas en los artículos 232 de la LGT-2003 y 29 a 36 del REPREA, especialmente las que se refieren a la legitimación y falta de legitimación.

En cuanto a la falta de legitimación llama la atención que se haya mantenido la relativa a los que asuman obligaciones tributarias en virtud de pacto o contrato, lo cual es contrario a una consolidada jurisprudencia que, al estar basada en los principios constitucionales,⁵³

53. Según reitera la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 105/2002, de 28 de enero de 2002, la indisponibilidad de las prestaciones tributarias del artículo 36 de la LGT, de carácter material o sustantivo, no es transportable al plano procesal para negar legitimación para impugnar las liquidaciones a quien ha asumido contractualmente la obligación de pagar la deuda tributaria, en todo o en parte. Así lo viene declarando el Tribunal Supremo desde su Sentencia de 13 de marzo de 1987 y lo reitera esta sala en

numerosas sentencias, tanto en materia de plusvalía (pacto entre vendedor y comprador) como de IBI (pactos en contratos de arrendamientos). Según la indicada STS, la subrogación voluntaria y parcial en la deuda tributaria le dota por sí misma de un interés suficiente para impugnar las liquidaciones correspondientes, pues el eventual éxito conlleva una reducción de las cantidades a pagar, efecto beneficioso más que razonable para justificar la actuación procesal con independencia de la posición tributaria.

debe llevar a sostener la inconstitucionalidad de esta exclusión de legitimación de los verdaderos interesados al asumir la carga tributaria en virtud de pacto o contrario. Los supuestos son frecuentes en los tributos locales: inquilino que asume el pago del impuesto sobre bienes inmuebles o comprados que corre con el abono del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, sin que quepa negar legitimación a uno ni a otro.

En materia de representación, es conocido que en el ámbito económico-administrativo los interesados pueden actuar por sí o por medio de representante, por lo que no es preceptiva la postulación por procurador ni la asistencia de letrado. Como reitera el artículo 232.4 de la LGT-2003, los defectos de representación serán siempre subsanables.

7.8.2. Suspensión

En materia cautelar regirá el artículo 233 de la LGT-2003 y los artículos 74 a 77 del REPREA.

No constituirá novedad significativa alguna en el ámbito tributario local, porque la letra l) del artículo 14.2 de la LHL ya se remitía explícitamente al propio REPREA para regular la suspensión de la ejecutividad.

El reglamento orgánico regulador del órgano del artículo 137 del REPREA bien podría remitirse directa y globalmente a la normativa estatal, limitándose a establecer aquellas especialidades organizativas que se estimen necesarias.

En todo caso, los órganos del artículo 137 habrán de tener en cuenta que la medida cautelar de suspensión en vía administrativa forma parte del derecho a la tutela cautelar, que según el Tribunal Constitucional se incluye dentro de la tutela judicial efectiva. Por tanto, los principios constitucionales y los legales previstos en la LJCA habrán de aplicarse igualmente, por ejemplo, en cuanto a la adopción de medidas cautelares positivas (suspensión de actos negativos), cuando sean necesarias para salvaguardar aquel derecho.

7.8.3. Extensión de la revisión

Regulada en los artículos 237 de la LGT-2003 y en los artículos 40 a 43 del REPREA, la extensión de la revisión presenta en la práctica problemas delicados, porque se admite la resolución de todas las cuestiones que ofrezca el expediente, hayan sido o no planteadas por los interesados.

Esta posibilidad, sin embargo, ha de tener fuertes limitaciones para resultar constitucionalmente aceptable: en primer lugar, no puede dar lugar a incongruencia alguna respecto de lo pedido; en segundo término (y así

lo concreta explícitamente el último inciso del artículo 237.1 de la LGT-2003), en ningún caso se podrá empeorar la situación inicial del reclamante, con la consiguiente prohibición de la *reformatio in peius*; por fin, habrán de respetarse los principios de contradicción y audiencia, pues si se estima pertinente examinar y resolver cuestiones no planteadas por los interesados se expondrán a los mismos para que puedan formular alegaciones.

También serán de aplicación a los órganos del artículo 137 de la LRBRL las reglas de los artículos 42 y 43 del REPREA, relativas a interesar los procedimientos disciplinarios por faltas que se observen en los expedientes e incluso a pasar el tanto de culpa a los tribunales de justicia, si aparecieren de ellos hechos que revistieren los caracteres de delito perseguible de oficio.

7.8.4. Normas generales del procedimiento

Vienen contenidas en el artículo 234 de la LGT-2003 y desarrolladas en detalle en el REPREA. Muchas de estas últimas serán de aplicación a los órganos del artículo 137 de la LRBRL, pero no cabe detenerse en ellas.

Así ocurre con la cuantía de las reclamaciones (artículos 46 y 47 del REPREA), la expresión del domicilio (artículo 48), la motivación de los actos (artículo 49), o las normas sobre defectos e invalidez (artículos 50 a 57), términos y plazos (artículos 57 a 64), información y documentación (artículos 65 a 67) y recepción y registro de documentos (artículos 68 y 69). Su reflejo en el reglamento orgánico podrá hacerse mediante la remisión a la normativa estatal, con las precisiones o adaptaciones que sean necesarias, o transcribiéndolos.

El impulso de oficio del procedimiento, los requisitos de las notificaciones y la ya mencionada gratuidad del procedimiento, sin perjuicio de la exigencia de costas en casos de temeridad o mala fe, que se regulan en los apartados 2 a 4 del citado artículo 234 de la LGT-2003, habrán de quedar igualmente reflejados en el reglamento orgánico.

7.8.5. Procedimiento ordinario

Se aplicará siempre que no proceda el procedimiento abre-viado previsto para la actuación mediante órganos unipersonales, y sus reglas serán supletorias de las aplicables en éste.

En síntesis, la prevista regulación en la LGT-2003 es la siguiente:

1) *Plazo de interposición*. Será de un mes desde la notificación o desde que se produzcan los efectos del silencio administrativo.⁵⁴

Actualmente, el plazo de interposición de las reclamaciones económico-administrativa es de quince días, lo

54. Sobre los efectos del silencio administrativo es imprescindible tener en cuenta la doctrina constitucional contenida en las STC 188/2003, de 27 de octubre de 2003, y 220/2003, de 15 de diciembre de 2003.

que resultaba insuficiente y desigual para otros recursos, como el de reposición en tributos locales.

Ha de destacarse que en los supuestos de deudas de vencimiento periódico y notificación colectiva, muy frecuentes en los tributos locales, el plazo se computará a partir del día siguiente al de finalización del período voluntario de pago (último párrafo del artículo 235.1 de la LGT-2003). Se trata de un plazo distinto del previsto en la letra c) del artículo 14.2 LHL para el recurso de reposición, que se refiere a la finalización del período de exposición pública de los correspondientes padrones o matrículas de contribuyentes u obligados al pago. Esta diferencia carece de cualquier justificación, por lo que debiera modificarse la citada letra del artículo 14.2 de la LHL.

2) *Iniciación del procedimiento.* El procedimiento se inicia mediante un escrito que puede tener uno de los tres contenidos posibles, a voluntad de reclamante (artículo 235.2 de la LGT-2003):

a) Limitarse a solicitar que se tenga por interpuesta la reclamación, con identificación del reclamante, el acto o actuación reclamadas, domicilio para notificaciones y órgano ante el que se interpone. Se trata del típico escrito de interposición, sin alegaciones, que se reservan para el posterior trámite de puestas de manifiesto del expediente. Es aconsejable siempre que se desconozca el contenido íntegro de tal expediente.

b) Contener o expresar, además, las alegaciones en que base el reclamante su derecho, con renuncia a la formulación de posteriores alegaciones. Es semejante a la actual posibilidad de comenzar el proceso contencioso-administrativo por medio de la demanda.

c) Contener las alegaciones de fondo, pero con reserva expresa de poder formular otras tras la puesta de manifiesto del expediente.

3) *Presentación del escrito.* Constituye una destacable novedad de la LGT-2003 que el escrito de interposición se presente no ante el propio órgano económico-administrativo, como ocurre con el régimen aún vigente, sino que habrá de dirigirse al órgano administrativo que haya dictado el acto reclamable (artículo 235.3 de la LGT-2003), aunque tratándose del órgano del artículo 137 de la LRBRL bastará que se dirija al ayuntamiento, cualquiera que sea la dependencia, la cual, de no ser el órgano que hubiere dictado el acto, lo habrá de remitir a éste.

El órgano que hubiere dictado el acto, remitirá el escrito al órgano del artículo 137 en el plazo de un mes,⁵⁵ acompañando necesariamente el expediente correspondiente, y, potestativamente, incorporando un informe si se considera conveniente.

La LGT-2003 contiene la interesante novedad de que el órgano administrativo que dictó el acto pueda anular total o parcialmente el acto impugnado antes de la remisión del expediente, siempre que concurren dos circunstancias: que el escrito de interposición incluyese alegaciones; y que no se hubiera presentado previamente recurso de reposición. En este caso, se remitirá al órgano económico-administrativo el nuevo acto dictado junto con el escrito de interposición (sin necesidad de expediente). Es un caso de satisfacción extraprocesal de la pretensión.

Si el órgano administrativo no hubiese remitido al órgano económico-administrativo el escrito de interposición de la reclamación, bastará que el reclamante presente ante éste la copia sellada de dicho escrito para que la reclamación se pueda tramitar y resolver.

4) *Alegaciones e informe.* Como regla general, el órgano económico-administrativo, una vez recibido y, en su caso, completado el expediente, lo pondrá de manifiesto a los interesados que hubieran comparecido en la reclamación

Este trámite será preceptivo siempre que no hubiesen formulado alegaciones en el escrito de interposición o las hubiesen formulado pero con la solicitud expresa de este trámite.

La puesta de manifiesto será por plazo común de un mes (se amplía el vigente de quince días), en el que deberán presentar el escrito de alegaciones con aportación de las pruebas oportunas (artículo 236.1 de la LGT-2003).

El trámite de alegaciones (ya sea conjunto con el escrito de interposición o tras la puesta de manifiesto del expediente) es el esencial del interesado en el procedimiento, de significado análogo a la demanda en un proceso contencioso-administrativo.

En lo económico-administrativo no hay contestación del órgano que dictó el acto, pero además de la posibilidad ya mencionada que éste incorpore al expediente un informe si lo considera conveniente, el órgano económico-administrativo podrá asimismo solicitar tal informe con el objeto de aclarar las cuestiones que lo precisen. En este caso, se deberá dar traslado del informe al reclamante para que pueda presentar alegaciones al mismo.

Reglamentariamente se podrán establecer supuestos en los que la solicitud de dicho informe tenga carácter preceptivo (artículo 236.3 de la LGT-2003). Hay que entender, por su relación con el ámbito de actuación del órgano del artículo 137 de la LRBRL, que tal remisión a la norma reglamentaria lo será al reglamento orgánico municipal que lo regule.

55. El reglamento orgánico deberá reducir este plazo, en todo caso máximo, por ser a todas luces excesivo tratándose de órganos de un mismo ayuntamiento.

5) *Prueba*. Las pruebas serán aportadas o propuestas en el escrito de alegaciones. Si se trata de pruebas testificales, periciales y las consistentes en declaración de parte, se realizarán mediante acta notarial o ante el secretario del órgano económico-administrativo o el funcionario en quien el mismo delegue que extenderá el acta correspondiente.⁵⁶

No cabrá denegar la práctica de pruebas relativas a hechos relevantes, pero la resolución que concluya la reclamación no entrará a examinar las que no sean pertinentes para el conocimiento de las cuestiones debatidas, en cuyo caso bastará con que dicha resolución incluya una mera enumeración de las mismas, y decidirá sobre las no practicadas (artículo 236.4 de la LGT-2003).

6) *Inadmisión y cuestiones incidentales*. No obstante lo anterior, se prescindirá de los trámites de puesta de manifiesto, alegaciones, informes y pruebas, si de las alegaciones formuladas en el escrito de interposición de la reclamación o de los documentos adjuntados por el interesado resulten acreditados todos los datos necesarios para resolver o éstos puedan tenerse por ciertos, o cuando de aquéllos resulte evidente un motivo de inadmisibilidad (artículo 236.5 de la LGT-2003).

Podrán plantearse como cuestiones incidentales aquellas que se refieran a extremos que, sin constituir el fondo del asunto, estén relacionadas con el mismo o con la validez del procedimiento y cuya resolución sea requisito previo y necesario para la tramitación de la reclamación, no pudiendo aplazarse hasta que recaiga acuerdo sobre el fondo del asunto. Para la resolución de las cuestiones incidentales el órgano económico-administrativo podrá actuar de forma unipersonal. La resolución que ponga término al incidente no será susceptible de recurso, pero, al recibir la resolución de la reclamación, el interesado podrá discutir nuevamente el objeto de la cuestión incidental mediante el recurso que proceda contra la resolución (artículo 236.6 de la LGT-2003).

7) *Terminación y resolución*. El procedimiento económico-administrativo podrá finalizar, además de mediante resolución: por renuncia al derecho en que la reclamación se fundamente, por desistimiento de la petición o instancia, por caducidad de ésta, por satisfacción extraprocesal, en cuyos supuestos se acordará motivadamente el archivo de las actuaciones, acuerdo que podrá ser adoptado a través de órganos unipersonales (artículo 238 de la LGT-2003).

La resolución será inexcusable (no podrán abstenerse de resolver ni alegarse duda racional o deficiencia en los preceptos legales) y deberá contener los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se base,

decidiendo todas las cuestiones que se susciten en el expediente, hayan sido o no planteadas por los interesados (artículos 239.1 y 239.2 de la LGT-2003). Tiene, pues, el mismo contenido que una sentencia, pero supone desconocer la materia referirse a las resoluciones de los órganos económico-administrativos como “sentencias”.

Podrá ser estimatoria, desestimatoria o declarar la inadmisibilidad:

–La estimatoria podrá anular total o parcialmente el acto impugnado, por razones de Derecho sustantivo o por defectos formales (en esta caso, será necesario que hayan disminuido las posibilidades de defensa del reclamante, ordenándose la retroacción de las actuaciones al momento en que se produjeron).

–La inadmisibilidad se declarará en los supuestos del artículo 239.4 de la LGT-2003 (actos o resoluciones no susceptibles de reclamación económico-administrativa; presentación fuera de plazo: falta de identificación del acto o actuación; falta de relación con el acto o actuación recurrido; defectos de legitimación o de representación; y existencia de acto firme y consentido, actos que reproduzcan otros anteriores definitivos y firmes o actos que sean confirmatorios de otros consentidos, así como cosa juzgada). Para declarar la inadmisibilidad el tribunal podrá actuar de forma unipersonal.

Por aplicación del artículo 239.7 de la LGT-2003, la doctrina que de modo reiterado establezca el órgano del artículo 137 de la LRBRL vinculará a la Administración tributaria del ayuntamiento respectivo.⁵⁷ Las resoluciones y los actos de la Administración tributaria que se fundamenten en la doctrina establecida conforme a esta regla lo harán constar expresamente.

Por fin, como ya se analizó, el artículo 240 de la LGT-2003 regula los plazos de resolución y los efectos de su falta en ellos.

7.8.6. Procedimiento abreviado

El procedimiento abreviado se seguirá en los supuestos de conocimiento y resolución por órganos unipersonales (artículo 245 de la LGT-2003, ya examinado).

Las especialidades respecto del procedimiento ordinario son las siguientes (artículos 246 y 247 de la LGT-2003):

–La reclamación ha de iniciarse mediante escrito que contenga, además de la identificación del reclamante y del acto o actuación contra el que se reclama, el domicilio para notificaciones y el órgano ante el que se interpone, las alegaciones que se formulan. Se adjuntará copia del acto que se impugna, así como las pruebas que se estimen pertinentes.

56. Se trata de una norma para facilitar la práctica de la prueba, pero a costa de desconocer el principio de inmediación.

57. Siempre, claro es, que no haya sido corregida por los órganos jurisdiccionales competentes en vía de recurso contencioso-administrativo.

El escrito de interposición, por tanto, necesariamente habrá de contener las alegaciones y las pruebas.

–Si el órgano económico-administrativo lo estima necesario, de oficio o a instancia del interesado, convocará la celebración de una vista oral al objeto de que éste fundamente sus alegaciones.

–Se podrá dictar resolución, incluso con anterioridad a recibir el expediente, siempre que de la documentación presentada por el reclamante resulten acreditados todos los datos necesarios para resolver.

–El plazo máximo para notificar la resolución será de seis meses contados desde la interposición de la reclamación, con los efectos de los artículos 247.3 y 247.4 de la LGT-2003, ya mencionados (silencio administrativo y cese del devengo del interés de demora si se ha acordado la suspensión).

7.8.7. Recursos

Obviamente, no serán de aplicación a los órganos del artículo 137 de la LRBRL las normas sobre recursos en vía administrativa. Sus resoluciones ponen fin a la vía administrativa y contra ellas sólo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo (artículo 137.2 de la LRBRL).

No obstante, ha de entenderse aplicable a ellos el previsto recurso de anulación, regulado en el artículo 239.6 de la LGT-2003, inspirado en la nulidad de actuaciones judiciales: podrá interponerse ante el mismo órgano administrativo en el plazo de 15 días y ceñido a los siguientes casos: a) cuando se haya declarado incorrectamente la inadmisibilidad de la reclamación; b) cuando se hayan declarado inexistentes las alegaciones o pruebas oportunamente presentadas, y c) cuando se alegue la existencia de incongruencia completa y manifiesta de la resolución. También podrá interponerse este recurso de anulación contra el acuerdo de archivo de las actuaciones por renuncia, desistimiento, caducidad o satisfacción extraprocésal.

La tramitación es sencilla en extremo: el escrito de interposición incluirá las alegaciones y adjuntará las pruebas pertinentes y el órgano económico-administrativo resolverá sin más trámite en el plazo de un mes, entendiéndose desestimado el recurso en caso contrario.

Este recurso de anulación es potestativo, no impidiendo su omisión denunciar los mismos casos en el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones del órgano del artículo 137 de la LRBRL, del que conocerá, como es sabido, el juzgado de lo contencioso-administrativo de la respectiva provincia.

Finalmente, debe advertirse que el ayuntamiento no podrá interponer recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de su órgano económico-administrativo, sin acudir previamente al procedimiento de lesividad, conforme al artículo 103 de la Ley de procedi-

miento administrativo común, de la misma manera que ha de hacerlo el Ministerio de Hacienda respecto de las resoluciones de los órganos económico-administrativos estatales. ■

Las exigencias del Derecho comunitario europeo en materia de estabilidad presupuestaria y su repercusión en el poder financiero de las comunidades autónomas y las entidades locales*

Roberto Ignacio Fernández López
*Profesor titular de Derecho Financiero
y Tributario de la Universidad de Vigo*

1. Planteamiento introductorio.
2. Los retos exigidos por el Derecho financiero comunitario: el principio de finanzas públicas sólidas y la prohibición de déficit público excesivo.
3. La posición del ordenamiento español frente a la disciplina presupuestaria impuesta por el Derecho comunitario.
 - 3.1. El concepto de estabilidad presupuestaria.
 - 3.2. El encuadre constitucional del principio de estabilidad presupuestaria.
4. La posible lesión por el ordenamiento estatal del poder financiero de las comunidades autónomas y de las entidades locales.
 - 4.1. Materias competenciales que sirven de fundamento a la legislación estatal.
 - 4.2. La autonomía financiera de las comunidades autónomas en el marco de la LGEP y de la LOGEP.
 - 4.3. El poder financiero de las entidades locales y la LGEP.

* El presente trabajo ha sido objeto de publicación en la obra colectiva VV.AA., *Hacienda autonómica y local*, Tórculo Edicións, Santiago de Compostela, 2003, que recoge las ponencias y comunicaciones presentadas al III Seminario iberoamericano de Derecho tributario, celebrado en Vigo los días 23 a 26 de septiembre de 2003.

Además, este estudio se enmarca en el proyecto de investigación PGI-DIT02CS039901PR sobre "Hacienda autonómica y local: pacto local y descentralización", financiado por la Secretaría Xeral de Investigación e Desenvolvemento de la Xunta de Galicia y cuya directora es la profesora Dra. Ana María Pita Grandal.

1. Planteamiento introductorio

Es propósito de la presente intervención analizar el actual marco de influencia del Derecho comunitario europeo en una de las más destacadas parcelas del poder financiero de las comunidades autónomas y de las entidades locales, como es la aprobación y ejecución de sus respectivos presupuestos.

Para ello partiremos de las normas comunitarias en las que se postula el mandato dirigido a los estados miembros de alcanzar situaciones próximas al equilibrio o superávit presupuestario para, posteriormente, abordar en clave de Derecho interno su plasmación y traslado por el legislador español a las comunidades autónomas y entidades locales a partir de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria (en adelante, LGEP), y de la Ley orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior (en lo sucesivo, LOCGEP).

El objetivo descrito pasa, sin duda, por afrontar el delicado tema de la ejecución del Derecho comunitario por las autoridades nacionales, máxime en un Estado fuertemente descentralizado como es el caso de España, en cuya Constitución se garantiza la autonomía financiera de las comunidades autónomas (artículo 156.1) y la autonomía institucional junto con la suficiencia financiera de las entidades locales (artículos 137, 140 y 142). Por otra parte también deberemos enjuiciar, entre otros extremos, las consecuencias jurídicas de que, a la luz de las normas comunitarias, los gobiernos de los estados miembros sean los únicos responsables frente a la Comisión Europea del posible incumplimiento de las metas de estabilidad presupuestaria y convergencia económica que la propia Unión se ha marcado, aunque para el logro de tales objetivos resulte imprescindible la colaboración de los demás entes públicos territoriales con poder de gasto.

Con tal planteamiento, en primer lugar es preciso conocer la naturaleza y el alcance de las fuentes normativas comunitarias que condicionan el poder financiero de los entes públicos territoriales en materia de política presupuestaria, y posteriormente analizaremos si la reciente legislación española ha sabido conjugar el respeto a esos principios del acervo comunitario con el marco constitucional que delimita las competencias entre el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales

2. Los retos exigidos por el Derecho financiero comunitario: el principio de finanzas públicas sólidas y la prohibición de déficit público excesivo

En el Derecho comunitario del último decenio existen dos momentos con un distinto grado de proyección o influencia sobre el Derecho presupuestario de los estados miembros. El primer hito importante lo constituye la aprobación del Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea (en lo sucesivo, TUE) de 7 de febrero de 1992, que entra en vigor el 1 de noviembre de 1993, y entre cuyos objetivos prioritarios figura el de promover una auténtica unión económica y monetaria. La segunda etapa arranca con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, acordado en el Consejo Europeo de Amsterdam de 17 de junio de 1997, y con las recomendaciones del Consejo Europeo de Santa María de Feira celebrado en junio de 2000. Consideramos oportuno detenernos por separado en cada uno de estos dos grupos de normas, por cuanto ello nos puede permitir indagar sobre las causas de la promulgación en España de dos leyes, la LGEP y la LOCGEP, que han venido a modificar parcialmente el marco jurídico presupuestario.

Pues bien, en primer lugar nos encontramos con que el artículo 4.3 del TCE, tras su modificación por el TUE, eleva al rango de principio rector de las actuaciones de la Unión Europea la exigencia de unas “finanzas públicas sólidas”.¹ Se ha señalado que estamos ante un principio superior, establecido por normas de Derecho comunitario originario, que conforma la denominada *Constitución financiera europea*.² Lo que no cabe duda es que, pese a tratarse de un principio genérico carente de definición normativa, implícitamente encierra un mandato de buena gestión presupuestaria dirigido a las administraciones financieras de los estados miembros, pues demanda la adopción de medidas de disciplina presupuestaria que limiten el déficit público y la consecuencia más inmediata de este último, el endeudamiento excesivo. Por ello no es descabellado afirmar que la solidez financiera constituye un impedimento jurídico al déficit excesivo y, simultáneamente, con tal limitación se pretende reducir el recurso a la deuda como fórmula para cuadrar el presupuesto tanto en el momento de su aprobación como en las ulteriores fases de ejecución y liquidación.

Si, como acabamos de apuntar, la solidez de las finanzas públicas está consagrada por el TCE como uno de los principios informantes de la actividad financiera de

1. El citado precepto reza del siguiente tenor: “Dichas acciones de los estados miembros y de la Comunidad implican el respeto de los siguientes principios rectores: precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable.”

2. Vid. SOLER ROCH, M^a. T., “Principios inspiradores de la reforma de la Ley general presupuestaria”, PGP, núm. 30, 2002, pág. 20.

los estados miembros y de la propia Comunidad, una de sus derivaciones más importantes –la prohibición de déficit público excesivo– también adquiere rango de norma suprema al estar incorporada al artículo 104 del mismo Tratado, con lo que ambas reglas forman parte del Derecho comunitario originario.

Sin embargo, el laconismo del artículo 4.3 contrasta con la prolijidad del artículo 104, lo que nos advierte de que, pese a no existir una remisión expresa del primero al segundo, la evitación de un déficit excesivo constituye una meta económica a la vez que un mandato jurídico que las autoridades nacionales deben respetar a la hora de decidir el modo de financiar el gasto público. El objetivo último no es otro que el fortalecimiento y saneamiento de las finanzas públicas, que es lo que, en definitiva, proclama el citado artículo 4.3.

En cualquier caso, para el Tratado de Maastricht, solidez financiera y prohibición de déficit excesivo constituyen requisitos *sine qua non* para el logro de la Unión Económica y Monetaria. Ahora bien, ¿en qué aspectos se concreta el saneamiento de las finanzas públicas? Como señala algún autor, el denominado “déficit público no excesivo” se descompone en otros dos conceptos: el de déficit presupuestario y el de déficit no excesivo,³ a los que desde mi punto de vista habría que añadir un tercero no menos importante a los efectos que ahora nos ocupan: el de déficit público.

Hablar de déficit presupuestario supone aludir a una situación en la que los gastos públicos (excluidos los destinados a la amortización de deuda viva) son superiores a los ingresos públicos ordinarios, esto es, a los tributos, precios públicos y rentas del patrimonio público. Si este escenario se presenta en el momento de la aprobación del presupuesto, por exigencias de la denominada “partida doble” y comoquiera que el presupuesto debe presentar siempre un equilibrio formal o contable, ese exceso de gastos sobre los ingresos se financiará necesariamente con la emisión de nueva deuda, ya que el propio Tratado de Maastricht también prohíbe acudir a otro tipo de ingresos como sería el caso de la emisión de dinero por los bancos centrales o la denominada “asistencia financiera mutua” entre los estados.⁴ De este modo y en un plano estrictamente jurídico, se incurrirá en déficit en la fase inicial de aprobación del presupuesto si se prevé la contracción de nueva deuda por importe superior a la que se amortiza

en el mismo ejercicio presupuestario, lo que permite sostener que déficit público es sinónimo de endeudamiento neto.⁵

Corroborar la idea anterior el hecho de que en los presupuestos generales del Estado español no suele consignarse cantidad alguna en el capítulo IX del presupuesto de ingresos “pasivos financieros”, con lo que el déficit inicial se obtendrá a partir de la diferencia entre la suma de todos los gastos (capítulos I a IX) y la suma de todos los ingresos excluidos los pasivos financieros (capítulos I a VIII), siendo el saldo restante el importe del endeudamiento necesario para equilibrar el presupuesto.⁶ Ahora bien, aun cuando las cuentas públicas no arrojen déficit en el momento de ser aprobado el presupuesto, esto no impide que no pueda presentarse en el momento de su ejecución o de su liquidación, lo que sucederá si los gastos finales superan a los ingresos ordinarios realmente obtenidos, es decir, si el importe de las obligaciones contraídas por el ente público excede al de los derechos reconocidos, viéndose también obligado el Estado en este nuevo escenario a buscar financiación adicional mediante el recurso a la deuda pública.⁷

Conocidas las posibles vertientes jurídicas del déficit presupuestario, ¿cuándo considera el Derecho comunitario que el déficit es excesivo? La respuesta la hallamos en el artículo 104.2 del TCE y en el artículo 1 de su protocolo anejo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, los cuales se han decantado por señalar un valor de referencia que marque la proporción entre el déficit público previsto o real y el producto interior bruto a precios de mercado, de tal suerte que será excesivo todo aquel déficit que, computado en el período de un año, supere el tres por ciento del PIB. Esta limitación se complementa con una segunda en la que se toma como pauta el endeudamiento acumulado de años anteriores y así se prohíbe que la deuda que permanezca viva a final de año, es decir, la deuda bruta total a su valor nominal, supere el sesenta por ciento del producto interior bruto.

Finalmente, y a los efectos del Derecho comunitario, ¿cuándo se entiende que el déficit o el endeudamiento son públicos? El citado protocolo señala que público es lo perteneciente a las administraciones públicas, es decir, a la Administración central, a la Administración regional o local y a los fondos de la Seguridad Social,

3. Vid. PÉREZ DE AYALA, J. L., “La Unión Económica y Monetaria y sus repercusiones en el Derecho financiero español”, en VV.AA., *Sistema fiscal español y armonización europea*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 198 y ss.; y del mismo autor, “Hacia una futura legislación de estabilidad presupuestaria”, PGP, núm. 27, 2001, pág. 74.

4. Vid. el artículo 103.1 del TCE, el artículo 101.3 de la LGP, y el artículo 13 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España.

5. Vid. PÉREZ DE AYALA, J. L., “La Unión Económica y Monetaria...”, *op. cit.*, pág. 199; y “Hacia una futura legislación...”, *op. cit.*, pág. 74.

6. Vid. PASCUAL GARCÍA, J., “Límites jurídicos al volumen del gasto público”, en RDFHP, núm. 259, 2001, pág. 84.

7. En España, según el Plan general de contabilidad pública, se habla de “resultado presupuestario” para aludir a la diferencia entre los ingresos y los gastos realizados con la exclusión de la posible variación de los activos financieros. En cambio, cuando se incorporan estos últimos y, por consiguiente, cuando se confronta la diferencia entre emisiones y reembolsos de deuda pública, se habla de “saldo presupuestario” positivo o negativo según que exista superávit o déficit de financiación, respectivamente.

con exclusión de las operaciones de carácter comercial, tal y como se definen en el Sistema Europeo de Cuentas Económicas Integradas. Así pues, el término “público” tiene un alcance genérico, ya que afecta a todos y cada uno de los diferentes niveles de gobierno en que se halle estructurado interna y territorialmente cada Estado miembro, quedando únicamente al margen de dicha expresión aquellos entes u organismos que se financien mayoritariamente con ingresos de carácter comercial. Ello determina que para conocer con certeza el grado de cumplimiento de los límites al endeudamiento fijados por el TUE sea preciso analizar si esos techos son respetados en el plano estatal por el conjunto de las haciendas territoriales y no a título individual por cada una de ellas. Este dato no deja de ser relevante pues en países con un alto grado de descentralización administrativa, como es el caso de España, puede ocurrir que ningún ente público individualmente considerado rebase el nivel de endeudamiento permitido por el Derecho comunitario pero que sí contribuya decisivamente a superarlo si se computa conjuntamente con el de otros entes u organismos.

De todo lo que antecede extraemos tres conclusiones:

1.^a) Habida cuenta que la norma comunitaria se refiere al déficit no sólo “previsto” sino también al “real”, es evidente que no sólo pretende evitar un déficit excesivo en el momento de la aprobación de los presupuestos públicos sino que también afecta a las fases posteriores de ejecución y liquidación.

2.^a) Puesto que el Derecho comunitario prohíbe un déficit superior al tres por ciento del PIB, implícitamente está permitiendo que un Estado pueda incurrir en un déficit que se mantenga por debajo de esa cifra.

3.^a) La prohibición de un endeudamiento neto excesivo no sólo afecta a los presupuestos generales del Estado sino también, en el caso español, a los de las comunidades autónomas y de las entidades locales, aunque una cosa es que el mencionado principio comunitario comprenda en su formulación sustantiva a estos últimos entes públicos y otra cosa bien diferente es que los vincule jurídicamente.⁸

En efecto, el artículo 3 del protocolo anejo ha querido dejar claro que los gobiernos de los estados miembros son los únicos responsables frente a la Comisión Europea de los posibles déficits excesivos en que incurran el conjunto de los entes públicos nacionales y no sólo la Administración central. Esta última consecuencia parece lógica si se parte de la premisa de que la Unión Europea es, por encima de todo, una organización supranacional integrada por estados que, aun habiendo

hecho cesión parcial de su soberanía, actúan como sujetos de Derecho internacional público, lo que en última instancia determina que sean titulares de derechos pero también de obligaciones frente al ente supranacional que sería en este caso la Unión. Y dejando a salvo que una de las mayores diferencias entre el Derecho internacional público y el Derecho comunitario es que el destinatario de este último no sólo son los estados sino que también lo pueden ser sus nacionales, la consecuencia apuntada también descansa en gran medida en el artículo 149.1.3.^a de la Constitución, por el que se otorga competencia exclusiva al Estado en las relaciones internacionales de resultados del principio de unidad de acción en los asuntos exteriores.

En cualquier caso, resulta obvio que el principio de finanzas públicas sólidas constituye una férrea limitación jurídica al poder financiero de los estados en lo que respecta a su capacidad para emitir deuda pública, ya que impide un endeudamiento neto excesivo. De hecho, hasta la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, el ejercicio del poder financiero en esta materia sólo estaba limitado constitucionalmente en España por el principio formal de legalidad en la emisión de deuda (artículo 135.1 de la CE).⁹ Por ello, desde nuestro punto de vista, la gran novedad del TUE es que obliga a poner en relación las dos grandes magnitudes que conforman la institución presupuestaria, ingreso y gasto público –que antaño eran objeto de regulación separada por el Derecho interno–, de tal manera que el saldo o diferencia entre ambos va a convertirse en el verdadero elemento de análisis para medir el grado de cumplimiento de las exigencias comunitarias. En definitiva, lo que pretende esta formulación del Derecho comunitario es fijar una nueva correlación entre los gastos y los recursos públicos que los financian, de tal suerte que a los estados no les queda otra alternativa que o bien reducir el gasto público o bien mantener o aumentar exponencialmente esta última magnitud pero en este segundo escenario a costa de incrementar los ingresos tributarios y patrimoniales, con el consiguiente coste político y electoral que ambas medidas pueden conllevar. Además, no olvidemos que el aumento excesivo de los ingresos de naturaleza tributaria encontraría en el caso español un importante límite sustantivo en el principio de capacidad contributiva y en su derivación más extrema, la prohibición de confiscatoriedad (artículo 31.1 de la CE).

Por otro lado, no debemos pasar por alto el dato de que tanto el principio genérico –solidez de las finanzas públicas– como la prohibición o si se prefiere obligación de no hacer dimanante del mismo y dirigida a los

8. Vid. PÉREZ DE AYALA, J. L., “La Unión Económica y Monetaria...”, *op. cit.*, pág. 201.

9. Vid. NAVARRO FAURE, A., “La Ley de estabilidad presupuestaria y la autonomía financiera local, su marco constitucional”, PGP, núm. 30, 2002, pág. 137.

estados, a saber, incurrir en un déficit público excesivo, han sido incorporados al mas alto nivel del sistema de fuentes comunitario, es decir, al Derecho originario, cuyas normas gozan por sí mismas de eficacia directa e inmediata sin necesidad de desarrollo por los ordenamientos nacionales.¹⁰ Esto nos obliga a preguntarnos si en España era necesario acudir al ordenamiento interno, promulgando una ley de estabilidad presupuestaria, como fórmula capaz de dar cumplimiento a los citados principios comunitarios. Dicho de otra manera, cabe plantearse si no sería suficiente una “ejecución administrativa” del Derecho comunitario sin necesidad de acudir a una “ejecución normativa” del mismo, cuando es lo cierto que el empleo de esta segunda fórmula sólo resulta insalvable cuando la norma comunitaria adopta la forma de directiva.¹¹

De entrada, parece superfluo que una ley estatal pretenda convertirse en fuente de obligaciones ya consagradas por normas de rango superior plenamente vinculantes para sus destinatarios, como serían en este caso las contenidas en el Tratado de Maastricht. Volveremos más tarde sobre este aspecto, aunque cabe anticipar que aquí se entremezclan cuestiones de orden constitucional con otras de política legislativa. Entre las primeras no sólo está el espinoso tema del reparto del poder financiero en materia de gasto entre los diferentes niveles de organización territorial, sino también la cuestión del anclaje jurídico del principio de estabilidad presupuestaria entre los demás criterios constitucionales que informan la aprobación de los presupuestos públicos. Entre las segundas se halla la conveniencia o, por el contrario, inoportunidad de la aprobación de una Ley ordinaria que se limita a crear una obligación específica para los poderes públicos intervinientes en el ciclo presupuestario, cuando tal vez lo más apropiado hubiese sido promulgar una nueva ley general presupuestaria que sistematizase toda esta materia.

Continuando con el planteamiento inicial, debemos ahora preguntarnos qué aportaciones efectúa el Pacto de Estabilidad y Crecimiento del Consejo Europeo de Amsterdam de 17 de junio de 1997 en materia de disciplina presupuestaria, y qué valor jurídico tiene este acuerdo como posible fuente del Derecho comunitario.

Desde el punto de vista de su contenido, el citado pacto procura acentuar el rigor presupuestario de los países que pretendiesen acceder a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria el 1 de enero de 1999, pues en él se dispone expresamente que los estados miembros “se comprometen a respetar el objetivo presupuestario a medio plazo establecido en sus progra-

mas de estabilidad o convergencia consistente en conseguir situaciones presupuestarias próximas al equilibrio o con superávit, y a tomar las medidas presupuestarias correctoras que estimen necesarias para alcanzar los objetivos fijados en sus programas de estabilidad y convergencia”. Al mismo tiempo –prosigue–, los estados “corregirán los déficits excesivos tan pronto como sea posible una vez que éstos se hayan producido; dicha corrección deberá haber terminado no más tarde del año siguiente al de la identificación del déficit excesivo, salvo que concurren circunstancias especiales”. En definitiva, el Pacto de Estabilidad contiene disposiciones de carácter preventivo y disuasorio con las que busca limitar al máximo los presupuestos públicos deficitarios.

De forma complementaria al Pacto de Estabilidad se promulgan dos reglamentos del Consejo, el 1466/97, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, y el 1467/97, de la misma fecha, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo. Y en la misma línea deben enmarcarse las recomendaciones del Consejo Europeo de Santa María de Feira (Portugal), celebrado los días 19 y 20 de junio de 2000, en las que se instó a los estados a acelerar la solidez y el saneamiento de las cuentas públicas más allá del nivel mínimo para dar cumplimiento al Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

Sin cuestionar el carácter obligatorio de los reglamentos comunitarios y su naturaleza de fuente del Derecho directamente aplicable en cada Estado miembro una vez promulgados en el DOCE, sí debemos preguntarnos sobre la naturaleza del denominado Pacto de Estabilidad. Formalmente, es una resolución del Consejo Europeo, el cual, a tenor del artículo 4 del TUE, “dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones políticas generales”. Por lo demás, el Consejo Europeo es un órgano compuesto por los jefes de Estado o de Gobierno de los estados miembros, así como por el presidente de la Comisión, y se reunirá al menos dos veces al año, bajo la presidencia del jefe de Estado o de Gobierno del Estado miembro que esté ejerciendo semestralmente la presidencia de turno de la Unión. Con ello queremos llamar la atención sobre el hecho de que el Consejo Europeo es un órgano distinto del Consejo de la Unión Europea, pues este último es la institución comunitaria formada por los representantes de los estados miembros (representantes de rango ministerial) en la que se halla incardinado el verdadero poder de decisión de la actividad comunitaria, ya que no en vano el Consejo adopta acuerdos

10. Vid. GARCÍA NOVOA, C., “La incidencia del Derecho comunitario en el Derecho español (especial referencia al ordenamiento financiero)”, en VV.AA., *Sistema fiscal español y armonización europea*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 70-76.

11. Vid. ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La ejecución del Derecho comunitario europeo en España*, Civitas-Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1993, págs. 93-103.

que pueden revestir la forma de reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes, y son justamente estos actos normativos los que luego son objeto de ejecución por la Comisión.¹²

Así pues el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, fruto de un acuerdo del Consejo Europeo, no entra en ninguna de las categorías de actos normativos susceptibles de ser dictados por el Consejo de la Unión. ¿Quiere ello decir que el Pacto de Estabilidad carece de eficacia jurídica frente a los estados miembros? Evidentemente, no. En realidad, estamos ante un acuerdo multilateral o, mejor aún, ante un acuerdo intergubernamental en el que los estados ahí representados se comprometen de forma explícita a seguir unas pautas de comportamiento en materia de política económica y presupuestaria.¹³ Además, acabamos de señalar que las líneas esenciales de dicho acuerdo son objeto de desarrollo por dos reglamentos del Consejo de la Unión que lo convierten así en una norma jurídica de obligado cumplimiento bajo la directa supervisión de la Comisión.

En resumen, y llegados a este punto, cabe afirmar que el Tratado Maastricht primero y el Pacto de Estabilidad y Crecimiento adoptado por el Consejo Europeo cinco años más tarde constituyen manifestaciones del Derecho comunitario cuya eficacia jurídica no está condicionada por la necesidad de que los estados los incorporen a su Derecho interno mediante la promulgación de nuevas normas, como sí ocurriría en el caso de que las autoridades comunitarias optasen por una directiva. Dicho de otra manera, ni el Tratado de Maastricht ni el Pacto de Estabilidad obligan a los estados miembros a dictar una norma que positivice las exigencias comunitarias en materia de disciplina presupuestaria.

Esta circunstancia aparentemente irrelevante posee, en cambio, interés en el tema que nos ocupa. En efecto, puesto que los compromisos adquiridos por España en el seno de la Unión Europea en lo relativo al cumplimiento de la prohibición de déficit excesivo y de conseguir situaciones presupuestarias próximas al equilibrio o al superávit no precisan de un desarrollo normativo interno, de alguna manera se le está cerrando el paso al posible ejercicio de su potestad legislativa y reglamen-

taria a otros titulares del poder financiero como es el caso de las comunidades autónomas. Como ha señalado con todo acierto algún autor, respecto al Pacto de Estabilidad y Crecimiento, las comunidades autónomas no podrán tomar parte en el desarrollo normativo del mismo en materias de su competencia, simplemente porque tal desarrollo no es preciso.¹⁴ En definitiva, la participación de las comunidades autónomas en este punto exigiría como requisito previo que las normas comunitarias hubiesen de ser objeto de transposición a los ordenamientos nacionales, lo que acabamos de ver que no sucede en la materia relativa al saneamiento de las finanzas públicas.

No existe en nuestro régimen constitucional y legal referencia alguna al papel que pueden desarrollar las comunidades autónomas en la ejecución del Derecho comunitario.¹⁵ De todos modos, nadie pone en duda, comenzando por el propio Tribunal Constitucional, que corresponde a las comunidades autónomas la ejecución del Derecho comunitario en aquellas materias de su competencia.¹⁶ También es posible que en el ordenamiento interno determinadas materias no estén atribuidas en exclusiva a las comunidades autónomas, lo que exigirá de éstas un importante grado de colaboración con el Estado en aras de evitar solapamientos o actuaciones aisladas que malogren una ejecución concorde y efectiva de las normas comunitarias en su respectivo territorio. Y en otras ocasiones sucede que el Estado se reserva competencias "básicas" con el objeto de garantizar una homogeneidad normativa para todas las comunidades autónomas, como es el caso, por ejemplo, de la materia prevista en el artículo 149.1.13ª de la Constitución ("Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica"), sobre la que volveremos más adelante. El problema surge cuando el Derecho comunitario incorpora al ordenamiento una normativa "básica" que de alguna manera absorbe una competencia básica estatal o, por mejor decir, cuando la normativa comunitaria puede considerarse básica a efectos de su posible desarrollo por las comunidades autónomas sin que éstas precisen aguardar a una hipotética actuación del Estado. A nuestro juicio, en cierta

12. Vid. MOLINA DEL POZO, C. F., "Instituciones y órganos de las comunidades europeas", en VV.AA., *Diccionario de Derecho y Economía*, Trivium, Madrid, 1998, págs. 757 y ss.

13. Vid. GARCÍA NOVOA, C., "Fundamento de la Ley de estabilidad presupuestaria", PGP, núm. 27, 2001, pág. 154.

14. Vid. GARCÍA NOVOA, C., "Fundamento de la Ley de estabilidad...", *op. cit.*, pág. 155.

15. Es cierto que determinados estatutos de autonomía (País Vasco, Cataluña, Andalucía, Castilla-La Mancha, Canarias y Madrid) reconocen expresamente que la respectiva comunidad autónoma puede intervenir en la ejecución de tratados y convenios internacionales en todo lo que se refiera a materias atribuidas a su competencia. Sin embargo, el Tribunal Constitucional (por ejemplo, en la Sentencia 153/1989, de 5 de octubre) ha rechazado que este tipo de normas o cláusulas estatutarias se puedan calificar como normas atributivas de competencias a las comunidades autónomas. Es

decir, el Tribunal Constitucional se ha decantado por la "inutilidad" de estas atribuciones competenciales específicas, señalando que lo importante es reconducir el problema a la luz del reparto interno de competencias materiales.

16. En efecto, la STC 236/1991, de 12 de diciembre, señala de forma muy gráfica que "[...] la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas del Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del derecho comunitario [...]" (FJ 9 *in fine*). En la misma línea se ha pronunciado la STC 79/1992 al afirmar lo siguiente: "Nada obsta, en principio a que una comunidad autónoma dicte una disposición para la ejecución o aplicación, en su territorio, de una norma del Derecho comunitario, siempre que tenga la competencia sobre esa ejecución, en la materia de que se trate, y el contenido de la disposición no invada o menoscabe las competencias del Estado" (FJ 6).

medida esto es lo que sucede con la derivación de los principios comunitarios de finanzas públicas sólidas y de prohibición de déficit público excesivo.¹⁷ A este respecto, la doctrina más autorizada sostiene que si, por efecto de la adhesión de España a la Unión Europea, las instituciones comunitarias acaparan determinadas competencias básicas que hasta entonces estaban en manos del Estado, cuando las facultades normativas de las comunidades autónomas deban tener en cuenta, conforme a la Constitución o a los respectivos estatutos de autonomía, las materias, normas o principios básicos ordenados por el Estado, tales materias, normas o principios quedan sustituidos por el contenido de la disposición comunitaria.¹⁸

Por todo ello, a nuestro entender, en el tema que nos ocupa se presenta una situación un tanto curiosa si ésta se analiza desde la óptica de la articulación de competencias normativas entre los diferentes titulares del poder financiero: de partida, las comunidades autónomas pueden ejecutar normativamente el Derecho comunitario en una materia de su competencia, como sería la referente a la necesidad de combatir el déficit excesivo en sus propios presupuestos públicos, pero esta incorporación de las exigencias marcadas por la Unión Europea a los ordenamientos autonómicos no sería necesaria por cuanto las propias normas comunitarias sobre la materia gozan de eficacia directa e inmediata en el territorio de los estados miembros, quienes, además, se convierten en únicos responsables del cumplimiento de tales compromisos ante las autoridades comunitarias aun cuando no sean los únicos entes públicos en la esfera interna con poder de gasto. A la postre, esta última consecuencia es aprovechada por el legislador estatal español para impulsar la aprobación de dos leyes con las que se pretende hacer corresponsables de las obligaciones comunitarias a otros titulares del poder financiero, comunidades autónomas y entidades locales, cuando lo cierto es que bastaría con una ejecución administrativa del Derecho comunitario por los diferentes entes públicos con capacidad de gasto sin necesidad de acudir a una ejecución normativa de proyección estatal.

Con ello, además, España adquiere el dudoso mérito de ser el primer Estado miembro de la Unión Europea que opta por implantar en su ordenamiento interno un marco de estabilidad presupuestaria aplicable a todas las administraciones públicas y que excede de las exigencias impuestas por el Derecho comunitario.

3. La posición del ordenamiento español frente a la disciplina presupuestaria impuesta por el Derecho comunitario

3.1. El concepto de estabilidad presupuestaria

La Ley 18/2001, de 12 de diciembre, introduce en el Derecho español un nuevo concepto, el de estabilidad presupuestaria. Se trata de una obligación impuesta por el Estado a todos los niveles de la hacienda pública con la que se pretende garantizar una determinada disciplina en materia de gasto público. La estabilidad presupuestaria es definida por el artículo 3.2 de la citada ley como "la situación de equilibrio o superávit, computada en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y en las condiciones establecidas para cada una de las administraciones públicas".

Lo primero que debe destacarse es que la formulación de este criterio no es totalmente novedosa ni en el plano doctrinal ni en el plano del Derecho positivo español. Desde el punto de vista doctrinal, fue la hacienda clásica la que consagró el equilibrio presupuestario como fórmula de rechazo al déficit público, entendido éste como el exceso de gastos sobre los ingresos públicos ordinarios (impuestos y rentas patrimoniales). El dogma del equilibrio como expresión de la ideología económica liberal propia del siglo XIX únicamente admitía el déficit en situaciones verdaderamente excepcionales, ya que este último sólo podía financiarse mediante la emisión de dinero o a través del recurso al crédito público, el cual era considerado como un ingreso extraordinario cuyo uso desmedido podía frustrar la bonanza económica de las generaciones futuras. Desde esta perspectiva, también debe reconocerse que el concepto de déficit presupuestario en la doctrina económica clásica era más rígido que el derivado de la LGEP, en la que se identifica como la necesidad de acudir a nuevas emisiones de deuda pública por importe superior a la que se amortiza en el propio ejercicio presupuestario.¹⁹ Sin embargo, lo cierto es que el axioma del equilibrio presupuestario clásico careció por completo de virtualidad jurídica ya que nunca encontró un respaldo genérico y explícito en el ordenamiento.²⁰

En cambio, como decíamos, en el plano del plano del Derecho positivo sí hubo alguna manifestación aislada

17. La disposición final segunda de la LGEP reconoce expresamente que dicha ley, aprobada al amparo de los artículos 149.1.13.ª y 149.1.18.ª de la Constitución, "constituye legislación básica del Estado", salvo lo dispuesto en el capítulo II de su título II, que concierne a la aplicación del equilibrio presupuestario al sector público estatal.

18. Vid. MANGAS MARTÍN, A., "La aplicación del Derecho comunitario por las comunidades autónomas" en VV.AA., *Relaciones internacionales y comuni-*

dades autónomas, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1990, pág. 74.

19. Vid. NAVARRO FAURE, A., "La Ley de estabilidad presupuestaria...", *op. cit.*, págs. 139-140.

20. Vid. PALAO TABOADA, C., *Derecho Financiero y Tributario*, tomo I, Colex, Madrid, 1985, pág. 72.

de la filosofía propugnada por el recientemente acuñado principio de estabilidad presupuestaria. Así, en relación con las haciendas locales, el artículo 146.4 de su ley reguladora sí preveía y prevé para éstas que “cada uno de los presupuestos que se integran en el presupuesto general deberá aprobarse sin déficit inicial”.²¹ Podría objetarse que este precepto limita la prohibición de déficit a la fase de aprobación del presupuesto mientras que la LGEP y la LOCGEP la amplían, además, a las fases de ejecución y liquidación. Pero es que, antes de ser promulgadas estas dos leyes, el artículo 54 de la LHL ya había adoptado medidas para prevenir y, en su caso, corregir el déficit de las entidades locales mediante la implementación de férreas limitaciones a las operaciones de crédito, entre las que se pueden citar las exigencias de autorización de la Administración estatal, la vinculación del endeudamiento a la financiación de gastos de inversión y la limitación cuantitativa a la emisión de deuda. A su vez, el artículo 174 de la LHL también contemplaba y contempla una serie de consecuencias para el caso de que la liquidación del presupuesto local se apruebe con remanente de tesorería negativo, entre las que figuran la necesaria reducción de gastos en el presupuesto del ejercicio corriente, todo lo cual lleva a sostener –en palabras de Soler Roch– que para las entidades locales “el camino hacia la estabilidad presupuestaria ya se había iniciado”.²²

Sin embargo, una de las mayores novedades introducidas por la Ley 18/2001 y por su complementaria, la Ley orgánica 5/2001, es que hacen extensiva la estabilidad presupuestaria a todo el sector público dependiente de los tres niveles de organización territorial (Estado, comunidades autónomas y entidades locales). Por eso, a nuestro entender, la plasmación de este principio en una ley estatal debe ser analizada desde dos perspectivas distintas. Por un lado, es preciso despejar la duda de si su alcance objetivo, subjetivo y temporal coincide o difiere del contenido específico de los principios comunitarios a que hemos hecho referencia anteriormente: finanzas públicas sólidas y prohibición de déficit público excesivo. Por otra parte, habrá que ver en qué medida encaja el mandato de la estabilidad presupuestaria entre los principios constitucionales que gobiernan la actividad financiera de las comunidades autónomas y de las entidades locales.

Por lo que hace al primer aspecto, lo primero que llama la atención del concepto de estabilidad presupuestaria acuñado por la Ley 18/2001 es que no estamos ante un objetivo con el que se pretendan “conseguir

situaciones presupuestarias *próximas* al equilibrio o con superávit”, tal y como rezaba el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, sino que la norma estatal va más allá al imponer una “situación de equilibrio o de superávit” (artículo 3.2 de la LGEP), que es lo que se ha dado en llamar “el déficit cero”. Es decir, no se trata de que los entes públicos tiendan al logro de la deseada meta del equilibrio, como reseñaba la norma comunitaria, sino que estamos ante un precepto imperativo en el que el equilibrio es el nivel mínimo exigido en el saneamiento de las finanzas públicas. Esto no significa que la Ley 18/2001 y la Ley orgánica 5/2001 no permitan en ningún caso el déficit público, lo que sucede es que el equilibrio o el superávit se presentan como la regla general, mientras que el déficit sólo se admite como circunstancia excepcional. Es decir, la LGEP admite el déficit coyuntural en un marco general de reducción y eliminación del déficit estructural.²³ Prueba de ello es que las situaciones de déficit estarán justificadas “mediante la exposición de las causas que las ocasionan y la identificación de los ingresos y los gastos que las producen, y requerirán la formulación de un plan económico-financiero de saneamiento a medio plazo para su corrección” (artículo 7.3 de la LGEP).²⁴ Tampoco tendría ningún sentido que la LGEP prohibiese tajantemente el déficit, por cuanto cualquier ley ordinaria posterior, incluso la propia Ley anual de presupuestos, podría dejar sin efecto esa prohibición, aunque –eso sí– tal vez con un importante desgaste político para el grupo o grupos parlamentarios que secundasen esta decisión.

Por otra parte, algún destacado autor como Soler Roch ha recalcado que la estabilidad presupuestaria en cuanto criterio acuñado por la Ley 18/2001 es una manifestación en el Derecho interno del principio de solidez financiera formulado por el Derecho comunitario. Por lo tanto, si ello es así, bastaría con que el ordenamiento jurídico enunciase uno solo de ambos y lo lógico sería quedarse con el segundo habida cuenta de la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno. Sin embargo, la citada autora considera acertada la positivización de ambos, pues, a su juicio, el principio de finanzas públicas sólidas implica una prohibición de déficit público excesivo y la estabilidad conlleva una situación de equilibrio o superávit presupuestario, y si bien es verdad que la estabilidad es una exigencia más rigurosa no es menos cierto que no resulta incompatible con el principio comunitario, ya que no implica una prohibición absoluta del déficit excesivo.²⁵ Por lo tanto, es evidente que desde el punto de vista de la disciplina pre-

21. En la misma línea se pronuncia el artículo 54 de la LGP en relación con los organismos autónomos dependientes de la Administración estatal.

22. Vid. SOLER ROCH, M.^a T., “Coordinación presupuestaria y autonomía financiera de las administraciones públicas”, PGP, núm. 27, 2001, pág. 86.

23. Vid. NAVARRO FAURE, A., “La Ley de estabilidad presupuestaria...”, *op. cit.*, pág. 140.

24. En relación con las haciendas locales véase el artículo 22 de la LGEP, y para las comunidades autónomas el artículo 8 de la LOCGEP.

25. Vid. SOLER ROCH, M.^a T., “Principios inspiradores de la reforma de la Ley general presupuestaria”, *op. cit.*, pág. 25.

supuestaria y del nivel de endeudamiento público admisible el legislador español ha sido mucho más exigente que la normativa comunitaria.

Desde una perspectiva subjetiva, tanto el principio comunitario de finanzas públicas sólidas como su concreción, la prohibición de déficit público excesivo, se dirigen al conjunto de los entes que conforman el sector público de los diferentes niveles de gobierno, si bien el protocolo anejo al Tratado de Maastricht sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo deja al margen de la norma prohibitiva a los organismos que se financien mayoritariamente con operaciones de carácter comercial. En este punto sí hay una clara concordancia con la Ley 18/2001, pues su artículo 2.1 detalla los entes que integran el sector público y, a los efectos del cumplimiento de la estabilidad presupuestaria, enumera a las administraciones territoriales y a los organismos y entes dependientes de ellas que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales.

Para el resto de entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de Derecho público dependientes de la Administración del Estado, de las administraciones de las comunidades autónomas o de las entidades locales se formula un concepto distinto de estabilidad presupuestaria. Así, se entiende por tal “la posición de equilibrio financiero a la que, en su caso, se accederá a través de la adopción de estrategias de saneamiento que eviten o disminuyan las pérdidas y puedan aportar beneficios adecuados a su objeto social o institucional” (artículo 3.3 de la LGEP). Se trata, sin duda, de una definición más acorde con su naturaleza de entes sometidos por lo general al Derecho privado y, por ende, dotados de un régimen presupuestario más flexible que el de la Administración pública de la que dependen. En efecto, tanto las entidades públicas empresariales como las sociedades mercantiles estatales deberán elaborar anualmente un presupuesto de explotación y un presupuesto de capital pero con la particularidad de que son presupuestos de carácter estimativo.²⁶ Quiere ello decir que, salvo que dichas entidades o sociedades reciban subvenciones directas de explota-

ción o de capital con cargo a los presupuestos de la Administración pública a la que pertenecen –en cuyo caso el presupuesto de gastos es limitativo para sus gestores–, por regla general el valor de sus presupuestos de explotación y capital es puramente informativo.²⁷ Esta circunstancia puede conllevar una mayor dificultad para alcanzar el objetivo de equilibrio financiero a que se refiere el artículo 3.3 de la LGEP, todo ello sin perjuicio de los efectos que a su incumplimiento asocian los artículos 18 y 25 de dicha ley y el artículo 11 de la LOCGEP.

Finalmente, la vertiente temporal del objetivo de estabilidad presupuestaria también ha sido objeto de un desarrollo normativo más acusado por el ordenamiento interno que por el Derecho comunitario europeo. En efecto, la LGEP prevé dos nuevos mecanismos que inciden en la planificación temporal de la actividad financiera de los entes públicos. Así, el artículo 8 establece que en el primer cuatrimestre de cada año el Gobierno fijará el objetivo de estabilidad presupuestaria referido a los tres ejercicios siguientes para el conjunto del sector público, y dicho acuerdo gubernamental irá acompañado del cuadro macroeconómico de horizonte plurianual contenido en el Programa de Estabilidad. Además, el artículo 4 dispone que la elaboración de los presupuestos en el sector público se enmarcará en un escenario plurianual compatible con el principio de anualidad presupuestaria.²⁸ De todos modos, ni el objetivo de estabilidad presupuestaria a corto o medio plazo ni los citados escenarios presupuestarios plurianuales matizan o excepcionan el principio constitucional de anualidad del presupuesto (artículo 134.2 de la CE), pues en todo caso la aprobación y ejecución de este último seguirá siendo anual. En realidad, la única novedad destacable en este punto la constituye la aparición de un trámite en la fase de elaboración de los presupuestos del conjunto del sector público consistente en la aprobación por el Gobierno del objetivo de estabilidad presupuestaria para su ulterior ratificación o rechazo por las Cortes Generales. Además, conviene hacer notar que el acuerdo gubernamental fija un objetivo plurianual pero su aprobación es anual, con lo que todos los años

26. Vid. el artículo 48.1.c) y el artículo 50 de la LGP.

27. Vid. PASCUAL GARCÍA, J., “Régimen jurídico del gasto público. Presupuestación, ejecución y control”, en *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1999, págs. 121, 141, 187 y 762.

Esta misma connotación la mantiene el Proyecto de ley general presupuestaria (publicado por el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 14 de julio de 2003) aunque con la novedad de que divide el sector público estatal en tres subsectores: a) el administrativo; b) el subsector público empresarial, en el que se integran las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles estatales, y c) el subsector público fundacional. Pues bien, mientras que los presupuestos del primer subsector son limitativos en lo que respecta a la cuantía del crédito presupuestario, en cambio, los de los dos últimos mantienen su naturaleza de presupuestos estimativos.

28. A su vez, y en relación con los presupuestos generales del Estado, el artículo 12 establece que con carácter previo a su elaboración “el Ministerio

de Hacienda confeccionará unos escenarios de previsión plurianual referidos a ingresos y gastos. Dichos escenarios detallarán para cada año los importes de los compromisos de gasto contenidos en cada política presupuestaria”.

En la misma línea se pronuncia el artículo 28.1 del Proyecto de ley general presupuestaria al disponer que “los escenarios presupuestarios plurianuales, en los que se enmarcarán anualmente los presupuestos generales del Estado, constituyen la programación de la actividad del sector público estatal con presupuesto limitativo en la que se definirán los equilibrios presupuestarios básicos, la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar a las políticas de gasto, en función de sus correspondientes objetivos estratégicos y los compromisos de gasto ya asumidos. Los escenarios presupuestarios plurianuales determinarán los límites, referidos a los tres ejercicios siguientes, que la acción de gobierno debe respetar en los casos en que sus decisiones tengan incidencia presupuestaria”.

es posible modificar dicha previsión para los tres ejercicios presupuestarios siguientes.²⁹

3.2. El encuadre constitucional del principio de estabilidad presupuestaria

Un segundo orden de cuestiones que nos planteábamos era si el principio de estabilidad presupuestaria goza o no de cobertura constitucional en su formulación conceptual. Pues bien, ningún precepto de la Constitución española, ni siquiera el artículo 134, destinado específicamente a la institución del presupuesto, consagra como criterio a seguir a lo largo del ciclo presupuestario la necesidad de alcanzar y mantener situaciones de equilibrio o superávit. Así, por ejemplo, su apartado 6 requiere la conformidad del Gobierno para tramitar cualquier proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios, pero de aquí ni mucho menos puede deducirse la radical proscripción de un presupuesto deficitario.

Es cierto que el artículo 40.1 de la Constitución ordena a los poderes públicos que promuevan una política de estabilidad económica, y no cabe duda que una de sus posibles proyecciones puede ser la prohibición de un déficit público excesivo. Pero tampoco debemos pasar por alto el dato de que el artículo 40.1 de la Carta Magna se reordena en último término a promover una política de redistribución de la renta y de la riqueza más equitativa y a la consecución del pleno empleo.³⁰ Y, paradójicamente, estas políticas pueden conducir a un incremento del gasto público que ponga en peligro el objetivo de la estabilidad presupuestaria.³¹ Si a ello unimos que el propio texto constitucional le encomienda al Estado la planificación de la actividad económica general para atender las necesidades colectivas, podría incluso inferirse que la Constitución española apuesta por un modelo presupuestario de corte intervencionista en el que el déficit público hallaría pleno acomodo. Como sostiene con todo acierto García Novoa, “por el contenido de las disposiciones que la Constitución dedica a los presupuestos generales del Estado y los textos que se han tomado como referencia para su elaboración (Constitución italiana de 1947 y Ley fundamental de Bonn de 1949), no parece que estemos ante una Carta Magna en la que la limitación del déficit sea un valor que se deduce claramente de su letra”.³² De todos modos, tampoco podemos obviar que la “juridificación” por las normas comunitarias de la prohibición de un

déficit excesivo y de la limitación a un determinado nivel de endeudamiento obligan a interpretar en un determinado sentido las disposiciones de la Constitución española que directa o indirectamente inciden en esta materia (artículos 40, 131, 134 y 135).

Por lo demás, también debemos preguntarnos si la decidida apuesta de la Ley 18/2001 por la prohibición del déficit público puede colisionar con el principio de asignación equitativa de los recursos públicos del artículo 31.2 de la Constitución. Evidentemente, si esa colisión se produjese, el objetivo de la estabilidad –en la medida en que ha sido formulado por una ley ordinaria– debería ceder ante las exigencias constitucionales de justicia material en el gasto público, sin que por ello se vieses vulnerados los compromisos adquiridos por España frente a la Unión Europea. Es decir, desde nuestro punto de vista y en términos de política presupuestaria, sería posible respetar a un tiempo los límites al nivel de endeudamiento marcados por el Derecho comunitario –habida cuenta de su mayor grado de flexibilidad con respecto a la Ley 18/2001– y la pauta señalada por la Carta Magna en cuanto a la equidad en el gasto público.

Pues bien, la asignación equitativa en el gasto público significa, por encima de todo, que los poderes públicos garanticen y defiendan los valores del Estado social de derecho, entre los que sin duda ocupan un lugar destacado los principios rectores de la política social y económica de los artículos 39 a 52 de la Constitución. Quiere ello decir que, por ejemplo, una drástica reducción de las prestaciones económicas a las personas que se encuentren en situación de desempleo con el único y exclusivo fin de alcanzar la meta del déficit cero sería una medida que probablemente colisionaría con el artículo 31.2 de la Carta Magna. Es cierto que la filosofía que preconiza la Ley 18/2001 va en la línea de limitar cuantitativamente el gasto público. Prueba de ello es que su artículo 6 declara que “las políticas de gastos públicos deben establecerse teniendo en cuenta la situación económica y el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria”, y que las disposiciones legales y reglamentarias, actos administrativos, convenios y contratos que afecten a los gastos públicos “deben valorar su repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de estabilidad presupuestaria”. Desde esta perspectiva, cabría pensar que en un marco jurídico que se caracteriza por una clara tendencia hacia la contención del gasto público podría resultar afectada la asignación equitativa de los recursos

29. Com explica NAVARRO FAURE, “esto quiere decir, en mi opinión que el acuerdo se proyecta a los tres ejercicios siguientes pero con carácter provisional en la medida en que será objeto de revisión todos los años”. (Vid. “La Ley de estabilidad presupuestaria...”, *op. cit.*, pág. 140).

30. Vid. PÉREZ DE AYALA, J. L., “La Unión Económica y Monetaria...”, *op. cit.*, pág. 203.

31. Vid. GARCÍA NOVOA, C., “Fundamento de la Ley de estabilidad...”, *op. cit.*, pág. 156.

32. *Ibidem*, pág. 157.

públicos, en la medida en que se hace preciso adoptar decisiones más selectivas sobre el destino del gasto. De hecho, uno de los mayores problemas que plantea la aplicación práctica del principio consagrado en el artículo 31.2 de la Constitución es que su efectividad depende en gran medida de decisiones políticas que no se hallan condicionadas por un específico marco normativo que concrete y garantice la equidad en el gasto.³³ Por ello, el mayor reto interpretativo que suscita el citado principio constitucional es el de determinar el modo en que debe proyectarse hacia la realidad, pues de lo que no cabe duda es que en términos de justicia material sólo se hace efectivo si los gastos sociales cumplen una función verdaderamente redistributiva.³⁴

No obstante lo anterior, consideramos que no tiene porque estar reñido el empeño en la eliminación del déficit, que es lo que en última instancia auspicia la LGEP, con las grandes líneas programáticas en que se asienta el Estado del bienestar (atención prioritaria a la educación, a la sanidad, a la vivienda, a las pensiones, a la situación de desempleo, etc.), pues obviamente el presupuesto deficitario se puede combatir no sólo con la reducción del gasto sino también con la adopción de políticas que estimulen el incremento de los ingresos tributarios.

En definitiva, cabe concluir que la prohibición de déficit público no encuentra un respaldo explícito en la Carta Magna pero no es menos cierto que tampoco colisiona con otros principios constitucionales. En este punto, como en tantos otros, el texto constitucional español tiene el mérito de ser lo suficientemente flexible como para dar cabida a una norma legal que apueste por un modelo económico que hace bandera de la prevención y eliminación del déficit, y ello sin perjuicio de que el legislador ordinario pueda apostar en un momento dado por otra política económica y presupuestaria diferente pero igualmente ajustada a la letra y al espíritu de la Constitución.

4. La posible lesión por el ordenamiento estatal del poder financiero de las comunidades autónomas y de las entidades locales

4.1. Materias competenciales que sirven de fundamento a la legislación estatal

Un tercer bloque de cuestiones que debemos abordar –y quizás el más importante al objeto de esta ponencia–

es si encuentra encaje en el marco constitucional vigente la técnica utilizada por el legislador estatal consistente en hacer extensivo el mandato de la estabilidad presupuestaria a todos los niveles de la hacienda pública. Esto último plantea el problema de la posible invasión por el Estado del poder financiero de las comunidades autónomas y de las entidades locales

Ya hemos avanzado en otro momento que el Derecho comunitario europeo atribuye al Estado español la exclusiva responsabilidad en el cumplimiento de los objetivos marcados en cuanto al nivel de endeudamiento y déficit público admisible, y ello pese a que dichas obligaciones en el plano interno afectan al conjunto de las administraciones públicas y no sólo a la estatal. El propio artículo 3 del protocolo anejo al Tratado de Maastricht sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo dispone de forma tajante que “los estados miembros garantizarán que los procedimientos nacionales en materia presupuestaria les permitan atender, en dicho ámbito, a sus obligaciones derivadas del Tratado”. Apoyándose en este planteamiento, la LGEP ha querido hacer copartícipes a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales junto con el Estado del consabido mandato de equilibrio o superávit presupuestario, si bien esta –llamémosla– “corresponsabilidad presupuestaria” opera únicamente en la esfera interna del Estado porque, insistimos, el único responsable del posible incumplimiento ante las autoridades comunitarias sigue siendo el Gobierno de España.

Constituye una opinión pacífica que las relaciones entre la Unión Europea, los estados miembros y los entes subcentrales se apoyan en dos principios esenciales: el principio de subsidiariedad y el principio de autonomía institucional en el ámbito interno de cada Estado.³⁵ El primero de ellos, que aparece formulado en el vigente artículo 5 del TCE, parte de la premisa de que la Unión Europea sólo puede actuar dentro de los márgenes competenciales permitidos por el Derecho comunitario y que en aquellos ámbitos que no sean de su exclusiva competencia intervendrá sólo en la medida en que los objetivos pretendidos no puedan ser alcanzados de forma suficiente por los estados miembros. Así pues, la subsidiariedad permite ampliar la intervención de la Comunidad más allá de sus propias atribuciones cuando las circunstancias así lo exijan y, por el contrario, abandonará esa intervención cuando deje de estar justificada.³⁶

33. Vid. SOLER ROCH, M.ª T., “Los principios implícitos en el régimen jurídico del gasto público”, en VV.AA., *El sistema económico en la Constitución española*, volumen II, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, págs. 1848-1849.

34. Vid. GARCÍA-MONCÓ, A. M., “Los gastos sociales en la Constitución española”, en VV.AA., *El sistema económico en la Constitución española*, volumen II, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, págs. 1751-1752.

35. Vid. LÓPEZ DÍAZ, A., “El control del gasto público en la Unión Europea”, en VV.AA., *Sistema fiscal español y armonización europea*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 150.

36. Vid. a este respecto el protocolo añadido por el Tratado de Amsterdam de 1997, anejo al TCE, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

No menos importante es el principio de autonomía institucional interna, que a su vez se asienta en dos postulados: de un lado la responsabilidad de los estados frente a la Unión Europea y de otro el respeto al sistema interno de reparto y articulación de competencias a la hora de aplicar el Derecho comunitario.³⁷ Sobre el primer aspecto, el TJCE ha considerado en numerosas ocasiones que la responsabilidad del Estado miembro surge cualquiera que sea el ente u órgano que haya incurrido en la posible vulneración del Derecho comunitario, incluso aunque se trate de instituciones cuya autonomía esté explícitamente reconocida por la propia Constitución nacional.³⁸ Ni siquiera el Estado miembro puede alegar circunstancias internas que afecten a su propia estructura u organización territorial como exoneradoras de su posible responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario. Cuestión distinta es que sin perjuicio de que la Unión Europea, y más concretamente la Comisión, pueda dirigir una acción judicial contra el Estado incumplidor, éste a su vez pueda hacer lo propio contra la región, ente u organismo que haya incurrido en el comportamiento ilícito. Por consiguiente, debe ser el Estado miembro el que en primera instancia deba adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el estricto cumplimiento de las obligaciones dimanantes del Derecho comunitario originario y derivado.

En este sentido, esa responsabilidad imputable en exclusiva al Gobierno de la nación puede justificar y hasta incluso legitimar la competencia del Estado español a la hora de promulgar la LGEP como instrumento jurídico capaz de garantizar el cumplimiento de los compromisos internacionales derivados del Tratado de Maastricht y del Pacto de Estabilidad y Crecimiento.³⁹ Por otra parte y a mayor abundamiento, no olvidemos que el artículo 93 de la Constitución, por el que se autoriza la celebración de tratados en los que se ceda a una organización internacional parte de la soberanía estatal —como puede ser el caso del TUE—, atribuye a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, “la garantía del cumplimiento de dichos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”. De todos modos, y bien entendido, esta norma en modo alguno prejuzga ni limita las facultades de las comunidades autónomas para ejecutar y aplicar

el Derecho comunitario en materias de su competencia.

En cuanto al segundo pilar de la autonomía institucional interna, a saber, la no-alteración del modelo competencial creado por el propio Estado, desde el punto de vista del sistema constitucional español es preciso determinar de antemano qué títulos competenciales habilitan al Estado para legislar sobre una materia, la presupuestaria, que forma parte esencial del poder financiero de los demás entes territoriales y, de modo particular, de la autonomía financiera de las comunidades autónomas. A este respecto, la disposición final segunda de la LGEP establece que dicha ley es aprobada con el carácter de legislación básica del Estado al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13.^a (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) y 149.1.18.^a de la Constitución (bases del régimen jurídico de las administraciones públicas). La exposición de motivos de la ley argumenta que el fundamento de su carácter de norma básica está en que el objetivo de estabilidad presupuestaria resulte aplicable a todas las administraciones públicas en sus distintas personificaciones.⁴⁰ Sin embargo, como ha señalado el Dictamen del Consejo de Estado de 19 de enero de 2001, no resultaría necesario invocar el título competencial previsto en la regla 18.^a del artículo 149.1 de la Constitución, toda vez que la misma disposición final segunda de la LGEP también cita otras competencias que la Carta Magna atribuye en exclusiva al Estado y que posibilitarían que la regulación contenida en la Ley 18/2001 se aplicase en todo el territorio nacional y a todas las administraciones públicas, como son las enumeradas en sus artículos 149.1.11.^a (sistema monetario) y 149.1.14.^a (hacienda general y deuda del Estado).

Sin duda, de todos los títulos citados el que puede despertar un mayor interés es el de la regla 13.^a del artículo 149.1 de la Carta Magna, pues el Tribunal Constitucional ha interpretado en términos muy amplios el concepto de “planificación general de la actividad económica”. En efecto, en su temprana Sentencia 1/1982, de 28 de enero, ya declaró que es competencia exclusiva del Estado el establecimiento del “marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica nacional” y que “ese marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter

37. No faltan autores que distinguen dos vertientes del principio de autonomía. Así, de una parte se habla de autonomía *institucional* para referirse a la capacidad de decisión de los estados miembros a la hora de determinar en su ámbito interno a quién corresponde la ejecución del Derecho comunitario. Y de otra parte estaría la autonomía *procedimental*, que alude a la capacidad de aquéllos para elegir los procedimientos que permitan hacer efectiva la ejecución del Derecho comunitario. De todas formas, esta última no deja de ser una modalidad o variante de la autonomía institucional. (Vid. ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La ejecución del Derecho Comunitario...*, op. cit., págs. 66 y ss.).

38. Así, en relación con España, A. J. GIL IBÁÑEZ cita como asuntos en los que el TJCE ha declarado la responsabilidad del Estado por los municipios y por las comunidades autónomas los siguientes: C-355/90 Comisión/España (1993 Rec.4277), y C-375/92 Comisión/España (1994 Rec.943). (Vid. *El control y ejecución del Derecho comunitario*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1998, pág. 173).

39. Vid. SOLER ROCH, M.^a T., “Coordinación presupuestaria...”, op. cit., pág. 83.

40. Vid. el párrafo segundo del apartado II de la Exposición de motivos.

unitario [...]. Por otra parte, la Constitución fija una serie de objetivos de carácter económico cuya consecución exige la adopción de medidas de política económica aplicables con carácter general a todo el territorio nacional (artículos 40.1, 130.1, 131.1, 138.1).⁴¹ Para la Sentencia 96/1986, de 10 de julio, la expresión “planificación general de la actividad económica” equivale a “ordenación general de la economía”. Posteriormente, la Sentencia 242/1999, de 21 de diciembre, justifica la adopción por el Estado de medidas de dirección de la actividad económica general en el hecho de que tales medidas posean “suficiente relevancia económica”. Y por último, la Sentencia 190/2000, de 13 de julio, ha sostenido que “el Estado está legitimado para adoptar medidas de ordenación y coordinación económica para el conjunto del territorio nacional, incidiendo incluso en sectores atribuidos a la competencia exclusiva de la Generalidad de Cataluña, siempre, naturalmente, que la relevancia de las medidas adoptadas así lo justifiquen y no se produzca un vaciamiento de las competencias autonómicas” (FJ 2).

Por consiguiente, la necesidad de establecer una regulación normativa uniforme en materia económica y con vigencia unitaria en todo el Estado, que es la tesis que en definitiva subyace en esta doctrina del Tribunal Constitucional, anularía cualquier posible tacha de inconstitucionalidad a la aplicación de la Ley 18/2001 al conjunto de las administraciones públicas. De todos modos, también podría considerarse que las normas comunitarias que, según hemos visto, tipifican el principio de finanzas públicas sólidas y la prohibición de déficit público excesivo constituyen conceptos o materias “básicos” que de algún modo suplantán o cubren, en lo que atañe a la planificación de la actividad financiera pública, a las normas básicas estatales y, entre ellas, al título competencial del artículo 149.1.13.^a de la Constitución. Tomando como punto de partida esta premisa la consecuencia no se deja esperar: las comunidades autónomas podrían proceder a la ejecución normativa directa de las citadas disposiciones del Derecho comunitario obviando total o parcialmente el contenido de la LGEP y de la LOCEP, por ejemplo autoimponiéndose una disciplina presupuestaria igual o más rigurosa que la comunitaria pero menos exigente que la estatal.

Al margen de ello, como vamos a ver, la LGEP y la LOCEP también plantean dudas de constitucionalidad cuando se enjuician a la luz del artículo 156.1 de la Carta Magna, que, como es sabido, garantiza la autonomía financiera de las comunidades autónomas.

4.2. La autonomía financiera de las comunidades autónomas en el marco de la LGEP y de la LOCEP

Sobre la extensión y los límites a la autonomía financiera de las comunidades autónomas en materia presupuestaria también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones.

Así, por ejemplo, en la Sentencia 63/1986, de 21 de mayo (más tarde citada por el FJ 3 de la Sentencia 96/1990, de 24 de mayo, y por el FJ 4 de la Sentencia 237/1992, de 15 de diciembre), se afirma que la autonomía financiera de las comunidades autónomas se halla sometida a ciertos límites materiales entre los que se encuentra el derivado de la necesaria coordinación con la hacienda del Estado, lo que implica que “la actividad financiera de las comunidades se someta a las exigencias de la política económica general de carácter presupuestario dirigida a garantizar el equilibrio económico mediante las oportunas medidas tendentes a conseguir la estabilidad económica interna y externa”. Por esta razón, “[...] no resulta injustificado que, en razón de una política de contención de la inflación a través de la reducción del déficit público, y de prioridad de las inversiones públicas frente a los gastos consuntivos, se establezcan por el estado topes máximos globales al incremento de la masa retributiva de los empleados públicos”. Lo que ya no parece justificado en este concreto caso, a juicio del Tribunal Constitucional, es que “el Estado predetermine unilateralmente los incrementos máximos de las cuantías de las retribuciones de cada funcionario dependiente de las comunidades autónomas, individualmente considerado, desplazando así la competencia autonómica para regularlas en sus presupuestos”.

Por lo tanto, en el citado pronunciamiento, el Tribunal Constitucional considera a los objetivos de política económica general trazados por el Gobierno del Estado como elementos capaces de dar contenido a las relaciones de coordinación entre la hacienda estatal y las haciendas autonómicas, relaciones de coordinación que a su vez servirían como instrumento constitucionalmente válido para limitar la autonomía financiera de las comunidades autónomas. No obstante, el razonamiento anterior silencia que la Carta Magna también apela a la necesidad de que la planificación económica fijada por el Gobierno, y por lo tanto la política presupuestaria como una de sus más importantes proyecciones, deberá tomar en consideración las aportaciones o previsiones suministradas por las propias comunidades autó-

41. En este mismo pronunciamiento el Tribunal Constitucional es muy explícito al afirmar que “esta exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado es más imperiosa en aquéllos, como el nuestro, que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de su organización territorial (título VIII de la CE). La

unidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas comunidades autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores”.

nomas, sindicatos y otras organizaciones, a cuyo fin debería constituirse un Consejo (artículo 131.2 de la CE).

Por su parte, la Sentencia 13/1992, de 6 de febrero, orienta la autonomía financiera de las comunidades autónomas en materia de gasto hacia la capacidad de decisión de éstas para poder elegir y realizar sus propios objetivos políticos, administrativos, sociales o económicos con independencia de cuáles hayan sido las fuentes de los ingresos que nutren sus presupuestos. Es decir, que el Estado no puede condicionar el destino de los gastos de las comunidades autónomas por razón del origen de los recursos a ellos destinados, pues la potestad de gasto de cualquier ente público se traduce necesariamente en la capacidad de comprometer el empleo de fondos públicos que se dirijan a satisfacer una necesidad cuya determinación, evaluación y concreción entre dentro del marco de actuación competencial de dicho ente.⁴² Y la Sentencia 171/1996, de 30 de octubre, ha resaltado que el principio de coordinación con la hacienda estatal actúa como un límite al poder de gasto de las comunidades autónomas y constituye la “auténtica clave de bóveda” de su autonomía financiera. De todos modos, el propio Tribunal Constitucional también ha considerado que las decisiones en materia de gasto público constituyen una de las máximas expresiones de la autonomía financiera de las comunidades autónomas (FJ 7 de la Sentencia 13/1992 y FJ 10 de la Sentencia 68/1996).

En suma, el máximo intérprete de la Carta Magna ha querido buscar un cierto punto de equilibrio entre el poder financiero autonómico en materia de gasto y la coordinación con la política presupuestaria diseñada por el legislador estatal, y por ello ha considerado compatible el principio de autonomía financiera con una cierta injerencia del Estado en las políticas presupuestaria y de endeudamiento. Esta misma filosofía es la que parece desprenderse de la Exposición de motivos de la LCGEP cuando constata que el principio de autonomía financiera obliga a que la presente ley orgánica deje a las comunidades autónomas la capacidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar el marco de estabilidad presupuestaria, “permitiéndoles igualmente decidir si el objetivo puede lograrse con una política de incremento de los ingresos públicos o de reducción de los gastos, y sin que pueda recurrirse a una mayor emisión de deuda pública como forma de financiación”.

Ahora bien, a nuestro entender, existen una serie de aspectos controvertidos o puntos de fricción creados por la LGEP y por la LCGEP en lo que atañe a las relaciones entre el poder financiero del Estado y de las comunidades autónomas. En primer lugar, recorde-

mos que según el artículo 8.1 de la LGEP es el Gobierno el que, a propuesta conjunta de los ministerios de Economía y de Hacienda y previo informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las comunidades autónomas, fijará para éstas el objetivo de estabilidad presupuestaria referido a los tres ejercicios siguientes. En el Proyecto de ley general de estabilidad presupuestaria se preveía que el acuerdo del Gobierno se remitiría a las Cortes Generales y que, tras el correspondiente debate en Pleno, el Congreso y el Senado se pronunciarían aprobando o rechazando el objetivo de estabilidad para el conjunto de sujetos que conforman el sector público. El texto definitivo del artículo 8.2 de la LGEP dejó limitada la intervención de las Cortes a la aprobación o el rechazo de la propuesta del Gobierno que afecte a los diferentes entes del “sector público estatal”, con lo que las funciones de las cámaras se ciñen ahora a los presupuestos generales del Estado. El matiz es importante porque la versión contenida en el proyecto de ley le daba carta de naturaleza al proceso de toma de decisión no sólo por el Gobierno central sino también por las cámaras sobre el poder de gasto de las demás haciendas territoriales y más concretamente sobre su capacidad de endeudamiento, lo que podría estar vulnerando la autonomía financiera de las comunidades autónomas. Ahora bien, incluso con el cambio introducido, consideramos que en la regulación vigente el citado acuerdo gubernamental implícitamente encierra una autorización a las comunidades autónomas para endeudarse hasta un determinado nivel, con lo que la LGEP se convierte en una poderosa arma en manos del Estado para controlar una importante parcela de la actividad financiera de aquéllas.

Soler Roch salva esta posible invasión de las competencias autonómicas considerando que la intervención del Estado no se trata en realidad de una competencia presupuestaria sino de un simple acuerdo formal sobre un objetivo predeterminado por el Gobierno cuyo contenido no interfiere en la aprobación anual de los presupuestos.⁴³ De todos modos, y sin entrar en la cuestión formal del proceso seguido para la adopción del acuerdo, parece evidente que el poder ejecutivo estatal sí incide de lleno en la definición de la cuantía de una de las fuentes de financiación que el artículo 157.1 de la Constitución prevé y garantiza para las comunidades autónomas, como es el producto de las operaciones de crédito, y lo hace recortando su poder de decisión sobre esta importante parcela de su actividad financiera.

Tampoco faltan quienes aducen que la LGEP y la LCGEP establecen una regulación abiertamente “asimétrica” en relación con el Estado y con las comunidades

42. Vid. BAYONA DE PEROGORDO, J. J., “La potestad de gasto público”, en VV.AA., *El sistema económico en la Constitución española*, volumen II, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pág. 1665.

43. Vid. “Coordinación presupuestaria...”, *op. cit.*, pág. 87.

autónomas.⁴⁴ En relación con el primero, no sólo el artículo 8 de la LGEP prevé la fijación de un objetivo de estabilidad presupuestaria con equilibrio o superávit para un ejercicio determinado sino que, además, el artículo 13 determina el modo en que dicho objetivo habrá de cumplirse, que no es otro que la limitación del gasto público no financiero del Estado mediante el señalamiento de un techo anual. En cambio, las comunidades autónomas pueden decidir libremente si el objetivo de equilibrio o superávit se alcanza de la misma forma que la prevista para el Estado, es decir, mediante una política de contención o reducción del gasto, o si por el contrario hacen uso de sus potestades normativas para incrementar los ingresos públicos (artículo 3.1 de la LOCGEP).⁴⁵ La opción por esta segunda alternativa demostraría que las responsabilidades de las comunidades autónomas en materia de estabilidad presupuestaria no sólo pueden tener consecuencias en sus respectivos programas de gasto y, consecuentemente, en sus niveles de endeudamiento, sino que también inciden indirectamente en sus políticas tributarias.

No obstante lo anterior, la hipotética opción de las comunidades autónomas por el aumento de los ingresos apenas será efectiva en la práctica por cuanto las facultades decisorias de que disponen para actuar en este capítulo son muy limitadas. Así, la Ley 18/2001 y la Ley orgánica 5/2001 proscriben el recurso a la deuda pública como fórmula para dotarse de mayores recursos económicos. Por su parte, el margen de crecimiento de los ingresos patrimoniales es muy limitado. Por último, dentro del apartado de los ingresos tributarios, el importante escollo legal del artículo 6.2 de la LOFCA cercena considerablemente la potestad de creación de tributos propios, y en cuanto a los impuestos cedidos el posible ejercicio de sus potestades normativas por las comunidades autónomas mediante un hipotético aumento de la presión fiscal sobre sus ciudadanos tampoco permite incrementar de forma sustancial la recaudación. Así pues, el supuesto respaldo a la autonomía financiera de las comunidades autónomas por la LGEP y por la LOCGEP más parece una declaración de intenciones sin contenido jurídico que una verdadera apuesta por hacer efectivo el citado principio constitucional.

Por último, también se podría argumentar en defensa de la constitucionalidad del procedimiento de fijación del objetivo de estabilidad presupuestaria por parte del Gobierno que las comunidades autónomas participan en

dicho proceso de decisión por medio del Consejo de Política Fiscal y Financiera en dos fases diferentes. Así, en un primer momento este órgano emite un informe previo al acuerdo del Gobierno en el que se fija el objetivo global de estabilidad presupuestaria.⁴⁶ Adoptado dicho acuerdo, nuevamente es el Consejo de Política Fiscal y Financiera el que determina el objetivo individual de estabilidad correspondiente a cada comunidad autónoma a través de una especie de reparto o distribución del volumen de endeudamiento neto entre todas ellas, de tal suerte que de no alcanzarse un acuerdo en el seno del Consejo todas y cada una de las comunidades autónomas vendrán obligadas a elaborar y liquidar sus presupuestos en situación, al menos, de equilibrio presupuestario.⁴⁷

Sin embargo, a nuestro entender, el argumento anterior carece de consistencia por varias razones: primero, porque el Consejo de Política Fiscal y Financiera sólo tiene capacidad decisoria dentro del estrecho margen predeterminado por el Gobierno, pues es éste en definitiva el que impone previamente mediante un acuerdo preceptivo y vinculante el límite máximo de endeudamiento o, si se prefiere, el objetivo conjunto de estabilidad –por cierto sin tener en cuenta la situación de partida que presenta el nivel de endeudamiento de cada comunidad autónoma–. Sólo a partir del cumplimiento de ese acuerdo gubernamental previo el Consejo de Política Fiscal puede reasignar dicho nivel de endeudamiento neto a cada una de las comunidades autónomas, lo que recorta sobremanera la autonomía financiera de éstas.⁴⁸ En segundo lugar, y pese a que, aparentemente, la LGEP y la LOCGEP parecen favorecer un clima de diálogo y colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas por medio del Consejo de Política Fiscal y Financiera, lo cierto es que este último no deja de ser un mero órgano de coordinación en materia financiera entre ambos niveles de hacienda, cuyas funciones –previstas en el artículo 3.2 de la LOFCA– en modo alguno pueden llegar a suplantar las competencias específicas de las instituciones propias de las autonomías que actúan como depositarias de su poder financiero: el Parlamento y el Consejo de Gobierno. Más bien, lo que a primera vista se desprende de la regulación vigente es que se ha querido potenciar el principio de coordinación en detrimento del criterio de la autonomía financiera de las comunidades autónomas,⁴⁹ ambos consagrados en el artículo 156.1 de la Constitución con la finalidad de complementarse y, a la vez, contrapesarse

44. Vid. URÍA FERNÁNDEZ, F., "La Ley de presupuestos generales del Estado para el año 2001; el primer reflejo legal del principio de estabilidad presupuestaria", PGP, núm. 25, 2001, pág. 196.

45. Vid. URÍA FERNÁNDEZ, F., "La Ley de presupuestos generales...", *op. cit.*, pág. 197.

46. Vid. el artículo 8.1 de la LGEP, y el artículo 6.1 y 2 de la LOCGEP.

47. Vid. el artículo 6.3 y 4 de la LOCGEP.

48. Vid. en este sentido GARCÍA NOVOA, C., "Fundamento de la Ley de estabilidad...", *op. cit.*, pág. 164.

49. El propio Dictamen del Consejo de Estado de 19 de enero de 2001 confirma esta impresión al sostener que la fijación del objetivo global de estabilidad presupuestaria por el Estado "constituye un condicionamiento a la competencia autonómica en materia presupuestaria, pero no es menos cierto que tal condicionamiento resulta imprescindible para alcanzar el objetivo de política presupuestaria programado, en la medida en que se encuentra en relación directa con la finalidad de reducción del déficit público que se concreta en la norma proyectada y cuya consecución implica dar prioridad al principio de coordinación sobre la pura autonomía financiera".

recíprocamente. Sin embargo, si se analiza con más detalle la regulación actual, advertimos que bajo este aparente anclaje constitucional el verdadero papel de las comunidades autónomas más bien queda reducido a ejecutar una prohibición de déficit impuesta previamente y de forma unilateral por el Estado, lo que podría plantear problemas de inconstitucionalidad.⁵⁰ Creemos que nadie puede cuestionar la necesidad de adoptar medidas correctoras frente a un déficit público excesivo, que sin duda puede lastrar el crecimiento económico de cualquier país, pero ello no puede ser a costa de un vaciamiento parcial del poder financiero de los entes públicos afectados.

Por lo demás, esa prohibición legal de déficit público por encima de un determinado techo u objetivo aprobado de antemano por el Estado carecería de eficacia si el incumplimiento de la norma no se viese acompañada de alguna consecuencia jurídica. Ya hemos avanzado en otro momento que la aprobación o liquidación de los presupuestos en situación de desequilibrio o incumpliendo el objetivo de estabilidad obliga a la comunidad autónoma afectada a presentar un plan de saneamiento económico-financiero a medio plazo para la corrección de dicha situación (artículo 8 de la LOCGEP). Sin embargo, desde nuestro punto de vista, las dos medidas realmente disuasorias para las comunidades autónomas son las previstas en los artículos 4 y 9 de la LOCGEP.

Por virtud del primero, las comunidades autónomas que provocasen o contribuyesen a producir el incumplimiento de las obligaciones asumidas por España frente a la Unión Europea asumirán en la parte que les sea imputable las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubiesen derivado.⁵¹ Conviene llamar la atención sobre el hecho de que la corresponsabilidad de las comunidades autónomas no surge a raíz de la vulneración del objetivo de estabilidad señalado por el Estado para un determinado ejercicio presupuestario –el denominado déficit cero– sino por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por España frente a la Unión

Europea –déficit no superior al tres por ciento del PIB–, obligaciones que –no olvidemos–, son mucho menos exigentes que las derivadas de la propia legislación estatal. En realidad, este precepto habilita al Estado a ejercer una especie de derecho de repetición frente a la comunidad autónoma responsable de tal suerte que, en la situación más extrema, dicha comunidad se vería obligada a asumir la parte de la multa que la Unión Europea impusiese al Estado,⁵² si bien debe reconocerse que sería muy improbable llegar a este escenario.⁵³

Más persuasiva puede llegar a ser para las comunidades autónomas la consecuencia prevista en el artículo 9 de la LOCGEP, a tenor del cual “la autorización del Estado a las comunidades autónomas para realizar operaciones de crédito y emisiones de deuda [...] tendrá en cuenta el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria fijados en cada caso”. Se crea así una suerte de relación de efectos recíprocos entre objetivo de estabilidad presupuestaria y autorización o denegación de operaciones de crédito que puede dar lugar a actuaciones discrecionales del Estado alejadas del principio de coordinación demandado por el artículo 156.1 de la Constitución.

Finalmente, y para concluir con este apartado, sí debe ser destacado el inexplicable silencio que guardan la LGEP y la LOCGEP sobre el Tribunal de Cuentas, que no olvidemos que es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas no sólo del Estado sino de todo el sector público –incluido, pues, el autonómico y el local–. El absoluto mutismo sobre este importante órgano de control externo resulta si cabe tanto más llamativo cuanto que una de las parcelas esenciales de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas consiste en comprobar la sujeción de la actividad económico-financiera del sector público a la legalidad vigente, y entre esa legalidad supuestamente habría que incluir la que afecta al cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria. La nula atención que la LGEP le dispensa al Tribunal de Cuentas contrasta, en cambio, con el protagonismo que

50. No participa de esta opinión el citado dictamen del Consejo de Estado cuando afirma que, a la vista de la jurisprudencia constitucional, cabe considerar que la limitación a la autonomía financiera de las comunidades autónomas es “[...] una medida exigida por la propia e indispensable unidad de la política económica en cuanto instrumento para contener o reducir el crecimiento del déficit público; medida que, en consecuencia, tiene cabida dentro del marco constitucional de articulación de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas y en cuya concreción práctica juega un papel importante el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas [...]”.

51. Los apartados 7 a 11 del artículo 104 del TCE prevén una serie de medidas que podrá adoptar el Consejo para el caso de que un Estado miembro no respete el techo de déficit público permitido por las normas comunitarias. Entre las consecuencias más graves cabe citar la de obligar al Estado incumplidor a publicar una información adicional especificada por el Consejo antes de emitir obligaciones y valores (lo que podría influir decisivamente en la calificación de su deuda por parte de las agencias internacionales de valoración de riesgos), la de recomendar al BEI que reconsiderase su política de

préstamos respecto al Estado en cuestión, la de exigirle a dicho Estado que efectúe ante la Comunidad un depósito sin devengo de intereses por un importe apropiado o, en fin, también cabe la posibilidad de imponerle multas hasta una determinada cuantía.

Ahora bien, el carácter vinculante de estas normas jurídicas parece que se ha transformado por la vía de hecho en una mera declaración de intenciones tras la reunión del Consejo de Ministros de Economía y Finanzas (ECO-FIN) celebrada en noviembre de 2003, en la que sorprendentemente no se adoptó ningún tipo de medida correctora o sancionadora contra Alemania, Francia y Portugal, pese a que estos países sobrepasaron los límites de déficit público permitidos por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Ante esta situación, un tanto insólita, sólo cabe esperar que la Comisión impugne la citada decisión del Consejo ante el TSJCE por violación clara y flagrante de una norma de Derecho comunitario.

52. *Vid.* GARCÍA NOVOA, C., “Fundamento de la Ley de estabilidad...”, *op. cit.*, pág. 165.

53. *Vid.* HERRERA MOLINA, P. M., “Las leyes de estabilidad presupuestaria: Una perspectiva jurídico-constitucional”, PGP, núm.29, 2002, pág. 37.

su artículo 9.1 le otorga a un órgano de control interno como es la Intervención General de la Administración del Estado, pues será ésta la encargada de informar al Gobierno sobre el grado de cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria del ejercicio inmediato anterior. Ni siquiera razones de oportunidad temporal en el desarrollo de la actividad fiscalizadora, habida cuenta que el control de la Intervención es simultáneo a la ejecución del presupuesto, mientras que el del Tribunal de Cuentas es posterior, pueden justificar el diferente trato que la LGEP dispensa a cada uno de estos órganos.

4.3. El poder financiero de las entidades locales y la LGEP

Sobre la autonomía de las haciendas locales y su relación con el principio de suficiencia financiera, el Tribunal Constitucional –apoyándose en la competencia exclusiva del Estado sobre la hacienda general y deuda (artículo 149.1.14.ª)– ha sostenido que el Estado puede adoptar medidas de saneamiento dirigidas a evitar un déficit excesivo de las entidades locales, déficit que en última instancia habría de ser cubierto o saneado con los recursos de la propia hacienda estatal. No obstante, también ha matizado que, cuando “el Estado regula cuestiones referentes a la Administración local, no puede desconocer la delimitación competencial que respecto de ella existe entre el propio Estado y algunas comunidades autónomas. Si para esos fines hacendísticos ha de introducir modificaciones en el régimen jurídico de esta Administración, deberá hacerlo de modo tal que no se imposibilite el ejercicio de la facultad comunitaria para dictar las normas de detalle” (STC 179/1985, de 19 de diciembre).

Pues bien, teniendo en cuenta la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en esta y otras sentencias sobre la dimensión del principio de suficiencia financiera, como capacidad de disposición de medios suficientes para el cumplimiento de sus funciones aunque esos recursos no sean en su totalidad propios o exclusivos de las corporaciones locales,⁵⁴ el enjuiciamiento formulado por el Dictamen del Consejo de Estado de 19 de enero de 2001 sobre el Anteproyecto de la LGEP fue favorable, al declarar que las disposiciones de esta norma “se ajustan al marco constitucional vigente, respetando junto al principio de autonomía el principio de suficiencia financiera de las entidades locales”. Sin embargo, una

cosa es que la regulación de la LGEP se ajuste en ese punto a la Carta Magna y otra cosa muy distinta es que, al igual que hemos planteado con relación a las comunidades autónomas, quepa considerar la posibilidad de ejecución por las entidades locales del Derecho comunitario atinente a la contención del déficit público al margen de lo que pueda disponer la normativa estatal.⁵⁵

Ahora bien, somos conscientes de que, a diferencia de las comunidades autónomas, las posibilidades de desarrollo normativo del Derecho comunitario por los municipios y provincias son mucho más limitadas, habida cuenta de que su potestad reglamentaria se encuentra supeditada a la ley estatal o autonómica que los habilite para regular una determinada materia. Es decir, desde el punto y hora que toda ordenanza municipal debe operar como norma reglamentaria *secundum legem* esto constituye un importante obstáculo jurídico a la ejecución normativa directa del Derecho comunitario por las entidades locales. Por consiguiente, tanto el posible desarrollo normativo como la ejecución puramente administrativa de las citadas normas comunitarias estaría fuertemente condicionada por una atribución o habilitación en tal sentido contemplada en las leyes estatales (LHL y LGEP) o, en su caso, en una ley autonómica cuando la comunidad autónoma gozase de potestades de tutela financiera sobre las entidades locales situadas en su respectivo territorio.

Retomando, pues, el estudio de la regulación contenida en la LGEP, cabe decir que esta ley incorpora muy pocas modificaciones al régimen presupuestario de las entidades locales, pues lo cierto es que la LHL ya preveía toda una serie de normas tendentes a la contención, reducción o, en su caso, eliminación del déficit público local. Básicamente, se trata de disposiciones con las que se establece un régimen limitativo de los nuevos o mayores gastos que se presenten a lo largo del ejercicio presupuestario. Es decir, una de las diferencias más apreciables entre el régimen presupuestario estatal y el local es que en relación con este último tanto la LHL como los artículos 34 a 51 del Real decreto 500/1990, de 20 de abril, establecen unas condiciones más rígidas para poder efectuar modificaciones presupuestarias.⁵⁶ Ya hemos avanzado que en la fase inicial de aprobación del presupuesto del ente local la ausencia de déficit era un criterio impuesto por el artículo 146.4 de la LHL. En la fase de ejecución, la posibilidad de acudir a los expedientes de créditos extraordinarios y de suplementos de

54. Vid. la STC 4/1981, de 2 de febrero, y la STC 96/1990, de 24 de mayo. A la luz de esta doctrina del Tribunal Constitucional, a nuestro entender, resultan incomprensibles afirmaciones como la de URÍA FERNÁNDEZ cuando sostiene lo siguiente: “[...] el deber constitucional del Estado de respetar ese principio de suficiencia financiera a la hora de establecer un sistema de financiación de las entidades locales legitima a aquél para tratar de minorar el volumen global de sus aportaciones, sin que la mencionada suficiencia quede perjudicada”. (Vid. “La Ley de presupuestos generales del Estado...”, *op. cit.*, pág. 204.)

55. Sobre la posible intervención de los municipios en la ejecución del Derecho comunitario puede verse la obra de MORENO MOLINA, A. M., *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, págs. 185 y ss.

56. Vid. SOLER ROCH, M.ª T., “Los principios implícitos en el régimen jurídico del gasto...”, *op. cit.*, págs. 1851-1854.

crédito estaba condicionada por el artículo 158.4 y 5 de la LHL a que el nuevo gasto necesario y urgente se financiase con cargo al remanente líquido de tesorería, con nuevos o mayores ingresos recaudados sobre los totales previstos en el presupuesto, mediante anulaciones o bajas de créditos de gastos de otras partidas del presupuesto o, en último caso, mediante operaciones de crédito a su vez condicionadas al cumplimiento de una serie de requisitos. Finalmente, conforme al artículo 174, si la corporación local hubiese liquidado el presupuesto con remanente de tesorería negativo, ello le obliga a reducir gastos en el nuevo presupuesto por un importe igual al déficit producido. Si la reducción de gastos no fuese posible, el recurso al crédito sólo se admitirá si se cumplen las estrictas exigencias previstas en el artículo 158.5. Y de no adoptarse ninguna de las medidas citadas, necesariamente el presupuesto del ejercicio siguiente habrá de aprobarse con un superávit inicial de cuantía no inferior al del déficit del presupuesto liquidado.

A todo este muestrario de normas dirigidas a erradicar el déficit público local –que ya preveía la LHL–, debe sumársele la necesaria autorización del Ministerio de Hacienda, o de la comunidad autónoma respectiva si tiene asumidas competencias en la materia, para que la entidad local pueda concertar operaciones de crédito a largo plazo cuando de la liquidación de los presupuestos del último ejercicio se deduzca un ahorro neto negativo, o sea, cuando las obligaciones reconocidas superen a los derechos liquidados (artículo 54.1 de la LHL).

Por lo tanto, las únicas novedades significativas que ha introducido la LGEP son las siguientes:

1.^a) De forma similar a lo que sucede con las comunidades autónomas, es el Gobierno el que, a propuesta del Ministerio de Hacienda y previo informe en este caso de la Comisión Nacional de Administración Local, fija el objetivo de estabilidad presupuestaria de alcance plurianual para las entidades locales, eso sí, sin perjuicio de las competencias que en esta materia tengan atribuidas las comunidades autónomas (artículo 20 de la LGEP). Evidentemente, esta última salvedad se refiere a las comunidades autónomas que, en sus respectivos estatutos, hayan asumido potestades de tutela financiera sobre las corporaciones locales situadas en su territorio. Un aspecto sobre el que la ley guarda silencio es el que atañe a la forma en que habrá articularse el procedimiento por el que el Estado y las comunidades autónomas titulares de la citada tutela financiera fijarán el nivel de endeudamiento admisible para las entidades locales afectadas, pues no se olvide que conforme al artículo 8.1 de la LGEP es el Gobierno el que fija el objetivo global de estabilidad para el conjunto del sector público pero, al mismo tiempo, quien también lo determina a título individual para cada uno de los

diferentes niveles de hacienda (Estado, comunidades autónomas y entidades locales).

2.^a) Otro paralelismo con las comunidades autónomas es que el cumplimiento o incumplimiento del objetivo de estabilidad, además de llevar aparejada la obligación de aprobar y ejecutar un plan de saneamiento que corrija la situación de desequilibrio (artículo 22 de la LGEP), condiciona la autorización o denegación por el Estado para realizar las operaciones de crédito reguladas en el artículo 54 de la LHL (artículo 23 de la LGEP).

3.^a) Si la verificación por el Estado del cumplimiento del objetivo de estabilidad fijado para las comunidades autónomas puede resultar complejo, y ello pese al instrumento de la central de información sobre las operaciones de crédito concertadas (artículo 10 de la LOC-GEP), más complicado todavía se presenta el control previsto sobre las entidades locales (es difícil imaginarnos al Ministerio de Hacienda comprobando simultáneamente y año tras año la situación financiera de los más de 8.000 municipios existentes en España). Por eso, creemos que el único control real y posible será el de una comprobación selectiva por el Estado a la hora de autorizar el endeudamiento de las corporaciones locales.

4.^a) Por último, el artículo 11 de la LGEP también incluye entre los posibles responsables del incumplimiento de los compromisos adquiridos por España ante la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria a las entidades locales. Sin embargo, como ya hemos avanzado, es evidente que esta norma sólo operaría si el Estado sufriese alguna de las sanciones económicas o de otro tipo previstas en los apartados 7 a 11 del artículo 104 del TCE. ■

¿Un nuevo estatuto del vecino tras la Ley 57/2003, de 16 de diciembre? Sus derechos y deberes con especial referencia a la participación ciudadana

1. La sujeción general y especial del ciudadano respecto a las administraciones públicas.
2. El estatuto del ciudadano respecto a la Administración, en general.
3. La importancia de la vecindad para el reconocimiento de un estatuto cualificado.
4. Derechos y deberes que configuran el estatuto del vecino en la legislación estatal sobre régimen local.
5. Las novedades de la Ley 57/2003 sobre el estatuto del vecino.
- 5.1. La participación ciudadana como principio activo de relaciones con la Administración local. 5.2. La importancia del principio de participación en los grandes municipios y sus nuevas fórmulas.

Fernando Fernández-Figueroa Guerrero
*Secretario general de la Diputación
Provincial de Sevilla.
Secretario general del Consorcio
de Transportes del Área de Sevilla.
Secretario general del Consorcio Provincial
de Aguas de Sevilla*

1. La sujeción general y especial del ciudadano respecto a las administraciones públicas

Con el término “estatuto” configuramos una situación jurídica atribuible a un sujeto atendiendo al conjunto de derechos y deberes que comprende una determinada relación jurídica. Sin duda, no es un vocablo nuevo sino que, incluso, ya ha sido utilizado con diversas adjetivaciones dependiendo de la relación jurídica que lo sustente. Así, podemos referirnos al estatuto del ciudadano –destacamos el artículo 35 de la LRJAP y del PAC–, al estatuto del contribuyente –contenido básicamente en la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías de los contribuyentes–, al estatuto del funcionario –comprendido en toda la normativa reguladora específica– o al estatuto del vecino, que es el concepto que desarrollaremos a continuación.

Junto a supuestos de sujeción general con la Administración, la sujeción específica del vecino con el municipio en el que reside responde a un supuesto de sujeción especial basada en la condición del ciudadano como habitante de un municipio. Por tanto, será la normativa reguladora del régimen local la que, en mayor medida, sea la competente para disciplinar lo que genéricamente denominamos “estatuto del vecino” como conjunto de derechos y obligaciones que subjetivamente tiene una persona por el hecho de ser vecino de un municipio y que le permitirá ser titular de situaciones jurídicas pasivas y de derechos legalmente reconocidos que se pueden hacer valer frente a la propia Administración y que están garantizados por la tutela efectiva de los tribunales de justicia.

No queremos decir con ello que esta situación de sujeción especial sea incompatible con cualquiera de las otras que hemos enunciado, más bien al contrario. Así, el conjunto de derechos y obligaciones que se tiene como vecino es perfectamente compatible con el que se tiene como contribuyente o como funcionario solo que su régimen jurídico y su regulación positiva será distinta.

Esta vinculación recíproca de la ciudad con el vecino no es tampoco novedosa. En la Edad Media se desarrolló un tipo de ciudad libre o de gobierno independiente con la ciudad: la comuna que, nacida de la desintegración del sistema feudal y la “carta de la ciudad”, constituía un verdadero contrato social, de tal forma que vivir un año en ella relevaba de las obligaciones de la servidumbre feudal. Como expresa Estrada Alonso,¹ la ciudad es la asociación política natural por excelencia y en su evolución histórica ha ido acompañada siempre de un estatuto jurídico. El estatus jurídico de la ciudad no tiene sólo un trasfondo sociológico o histórico, sino

que muchas de las situaciones jurídicas que comprende se consolidan como derechos y obligaciones recíprocas, del vecino con la ciudad y de la ciudad con el vecino, constituyendo, en definitiva, señas de identidad del Estado de derecho.

Es precisamente la personificación jurídica de la Administración pública, y concretamente de los municipios, lo que hace que éstos se consideren una organización servicial de la comunidad, una especie de empresa de gestión de negocios dirigida a la vez en interés del municipio y en el interés del público o ciudadano –vecino–, como diría Hauriou.

Por tanto, si por personalidad jurídica entendemos la facultad de ser titular de derechos y obligaciones debemos defender el estatuto de la ciudad junto al estatuto del vecino, lo que ha llevado a reconocer el derecho de la ciudad de defenderse de las agresiones ilegítimas contra la misma o, como tiene reconocido el propio Tribunal Constitucional, a defender su propio honor.

Sin embargo, podemos reflexionar sobre la idea de que, en un mundo de constantes cambios, de fácil movilidad geográfica y de modernos sistemas de comunicaciones, es frecuente que cualquier ciudadano resida o estancie durante cortos períodos de tiempo en un municipio distinto al de su residencia habitual y donde está empadronado. En este aspecto, es lógico que la normativa local no esté solo limitada a los vecinos, ni puede afirmarse que el poder de policía municipal no se le aplique a estos ciudadanos, como sanciones de tráfico, etc. De igual forma, pero en sentido contrario, tampoco se exige la condición de vecino para ser titular de determinadas situaciones activas frente al ente local como por ejemplo la posibilidad de formular alegaciones en un procedimiento de aprobación de un plan urbanístico (artículos 79 y 84 de la LBRL).

Mas, además de lo anterior, el concepto nuclear para entender este estatuto vecinal es precisamente el de Estado social, donde, como veremos más adelante, el principio de participación va a constituir la médula espinal del mismo.

2. El estatuto del ciudadano respecto a la Administración, en general

Pero donde nosotros vamos a centrar la presente reflexión es en el ámbito de las relaciones de los ciudadanos, primero con la Administración en general y, después, con la Administración local en particular. La Administración, que como señala el artículo 103 de la CE y reproduce el artículo 3.1 de la LRJAP y del PAC, sirve con objetividad los intereses generales, y debe respetar, proteger y fomentar los derechos de los ciudadanos,

1. ESTRADA ALONSO: “La entidad jurídica de la ciudad”, en diario *La Ley*, 1998.

tanto en su posible condición de interesado en un concreto procedimiento administrativo como en su condición de miembro de una colectividad (artículos 1.1 de la CE; 1, 2 y 18 de la LBRL; 16 y 17 del TRRL; 226 a 236 del ROF, y 61 del RPDT).

Así esquemáticamente, siguiendo a Martín Tovar,² podemos enunciar como:

A) Derechos del ciudadano

–Derecho a presentar en las oficinas de la Administración solicitudes, comunicaciones y escritos (artículos 70 a 73 y 90 y ss. de la LRJAP y del PAC).

–Derecho a ser notificado de todas las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses (artículos 58 a 61 de la LRJAP y del PAC).

–Derecho a interponer recursos administrativos (artículos 107 a 119 de la LRJAP y del PAC).

–Derecho al ejercicio de acciones civiles y laborales contra la Administración, previa reclamación administrativa (artículos 120 a 126 de la LRJAP y del PAC).

–Derecho a que la Administración dicte resolución expresa (artículos 42 y 43 de la LRJAP y del PAC).

–Derecho a conocer en cualquier momento el estado de tramitación de los procedimientos en los que tenga la consideración de interesado, y a obtener copia de documentos contenidos en ellos [artículo 35.a) y 46 de la LRJAP y del PAC].

–Derecho a identificar las autoridades y al personal de las administraciones públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos [artículo 35.b) de la LRJAP y del PAC].

–Derecho a obtener copia sellada de los documentos que presente, aportándola junto a los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en los procedimientos [artículos 35.c) y 70.3 de la LRJAP y del PAC].

–Derecho a utilizar las lenguas oficiales en el territorio de las comunidades autónomas, de acuerdo con lo previsto en esta ley y en el resto el ordenamiento jurídico [artículos 35.d) y 36 de la LRJAP y del PAC].

–Derecho de los interesados a participar en el procedimiento [artículos 35.e), 79.1.2, 84, 85 y 86 de la LRJAP y del PAC].

–Derecho a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante [artículo 35.f) de la LRJAP y del PAC].

–Derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar [artículo 35.g) de la LRJAP y del PAC].

–Derecho al acceso a los registros y archivos de las administraciones públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras leyes [artículos 18.4 de la CE y 35.h) de la LRJAP y del PAC].

–Derecho a ser tratado con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de las obligaciones [artículo 35.i) de la LRJAP y del PAC].

–Derecho a exigir la responsabilidad de las administraciones [artículos 35.j) y 139 a 146 de la LRJAP y del PAC].

–Cualquier otro que les reconozcan la Constitución y las leyes [artículo 35.k) de la LRJAP y del PAC].

B) Deberes del ciudadano

–Deber de colaboración (artículos 18.2 de la CE, 39 de la LRJAP y del PAC, 109 y ss. de la LGT y STS de 17 de febrero de 1984).

–Deber de comparecencia (artículo 40 de la LRJAP y del PAC y STS de 16 de marzo de 1988)

–Cualquier otro que imponga la Constitución y las leyes.

3. La importancia de la vecindad para el reconocimiento de un estatuto cualificado

Como ponen de manifiesto Pemán Gavín y Ezquerro Huerva,³ desde el punto de vista individual del ciudadano el hecho de formar parte de una población local determina un estatus, esto es, una posición jurídica general definida por unos derechos y unos deberes que son específicos de los sujetos que integran dicho colectivo en relación con la entidad local correspondiente. Por ello, podemos referirnos a una “relación de vecindad” que se establece entre el ciudadano y el ente local y, concretamente, ha de hablarse de vecindad administrativa. Pero destaquemos dos notas:

1. La relación de vecindad es única y no existen tantas cuantos entes local existan. Es decir, no hay una vecindad provincial o comarcal por ejemplo, porque la relación de vecindad se establece con un concreto municipio. Por ejemplo, el artículo 6.1 del Estatuto de autonomía de Cataluña dispone que: “[...] a los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de catalanes los ciudadanos españoles que [...] tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Cataluña.”

2. Debemos diferenciar la vecindad administrativa de la civil, regulada en el Código civil, y de la que depende la aplicación del régimen civil común o de alguno de los regímenes forales o especiales.

2. MARTÍN TOVAR: *Estudios de divulgación*, CEMCI, Granada, 1993.

3. PEMÁN GAVÍN Y EZQUERRA HUERTA: “La población municipal: la regulación

de la vecindad administrativa y el estatuto del vecino”, en el *Tratado de Derecho municipal*, tomo I, Civitas, 2003.

La regulación normativa de esta materia, que estaba contenida en los artículos 15 a 17 de la LBRL y 53 y siguientes del RPDT, sufrió una importante modificación por la Ley 4/1996, de 10 de enero. Con esta modificación se suprimió la figura de los transeúntes y se unificó en una única categoría a los vecinos y a los domiciliados, que pasaron todos a tener la condición de vecinos. Podemos, en consecuencia, definir el vecino como toda persona española o extranjera inscrita en el padrón de habitantes correspondiente al municipio de su residencia habitual. A diferencia de la vecindad civil, carecen de relevancia datos como la vecindad de los padres o el lugar de nacimiento.

Mas, a pesar de que hemos unificado a todos los habitantes del municipio bajo el concepto de vecinos, en puridad, deberíamos hacer una triple distinción de empadronados:

–Los vecinos, *strictu sensu*, integrados por el conjunto de españoles mayores de edad y que tienen reconocidos el máximo grado de derechos y deberes por su condición de vecino.

–Los vecinos, en sentido amplio, integrados por menores y extranjeros que no tienen la plenitud del estatus jurídico del vecino, salvo la excepción referida a los extranjeros con derecho de sufragio en las elecciones locales.

–Los españoles con residencia en el extranjero. No figuran en el padrón municipal de habitantes, sino en un padrón específico cuya formación y gestión se encomienda directamente a la AGE. Es importante destacar como la vecindad que se les atribuye no conlleva vínculo alguno con ningún municipio, por eso no forman parte de la población municipal, ni se les reconoce vecindad administrativa. Su reconocimiento como vecinos del municipio donde consten en ese padrón especial se produce con el único efecto de poder ejercitar su derecho de sufragio (artículo 17.5 de la LBRL).

4. Derechos y deberes que configuran el estatuto del vecino en la legislación estatal sobre régimen local

En este apartado vamos a hacer referencia e ir comentando brevemente los derechos y deberes que, antes de la entrada en vigor de la LMMGL se reconocía a los vecinos, para adentrarnos, a continuación, en las novedades que esta ley ha aportado.

En el capítulo de *derechos* destacamos el artículo 18 de la LBRL y todo el título VII, artículos 226 a 236 del ROF,

preceptos normativos, aunque no los únicos, sustentadores del verdadero estatuto del vecino.

1. Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales

La limitación del derecho al voto en las elecciones municipales a los vecinos deriva del requisito de la inscripción en el censo electoral (artículo 2.2 de la LOREG), inscripción que está condicionada por el empadronamiento municipal (artículos 32.2 y 35 de la LOREG).

2. Derechos de información y participación

El punto de partida del reconocimiento del conjunto de derechos que veremos a continuación reside en el artículo 69.1 de la LBRL al disponer que “las corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local”.

Partiendo de esa premisa, los derechos que se relacionan en los diferentes apartados del artículo 18 relacionados con la información y participación son:

–A participar en la gestión municipal de acuerdo con lo dispuesto en las leyes y, en su caso, cuando la colaboración con carácter voluntario de los vecinos sea interesada por los órganos de gobierno y administración municipal.

–Ser informado previa petición razonada y dirigir solicitudes a la administración municipal en relación con todos los expedientes y documentación municipal de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la CE.⁴

–Pedir la consulta popular en los términos previstos en la Ley.⁵ 3. *Derechos relativos al uso y disfrute de los bienes y servicios públicos*

El artículo 18.1.c) de la LBRL reconoce el derecho de los vecinos a utilizar, de acuerdo con su naturaleza, los servicios públicos municipales y a acceder a los aprovechamientos comunales conforme a las normas aplicables. Pero el acceso a los servicios públicos no puede configurarse como un derecho libre e ilimitado sino que, por el contrario, es preciso que se cumplan las condiciones y requisitos legalmente establecidos, como, por ejemplo, el pago de una tasa o de un precio público.

Sin embargo, salvo para el supuesto de disfrute de los bienes comunales, la utilización del servicio público o el disfrute de los bienes de dominio público municipal es un derecho que se reconoce a los vecinos, pero, en este último supuesto, no sólo a los vecinos, ya que cualquier ciudadano que cumpla los requisitos establecidos podrá acceder a ellos en igualdad de condiciones.

4. Véase STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2003, en la que se hace extensivo del derecho de información a cualquier ciudadano sin que sea necesario tener la condición de vecino.

5. Las consultas populares en Andalucía se regulan en el artículo 15.2 del Estatuto de autonomía de Andalucía y en la Ley 2/2001, de 3 de mayo, de regulación de las consultas populares locales en Andalucía. En el ámbito estatal, véase el artículo 92 de la CE y la Ley orgánica 2/1980, de 18 de enero, de regu-

lación de las diferentes modalidades de referéndum, aunque, como expresa CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio (“El estatuto del vecino”. *El Consultor de los Ayuntamientos*, núms. 23 y 24, diciembre de 2003), la consulta popular que regula la LBRL queda al margen de la regulación de esta ley.

Para mayor profundidad, véase RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, José Luis: “Una primera aproximación a la Ley de regulación de las consultas populares locales en Andalucía 2/2001, de 3 de mayo”. REAL núm. 286-287, de 2001.

4. Derecho a exigir el establecimiento de los servicios municipales de carácter obligatorio

La implantación de nuevos servicios públicos o la modificación prestacional de los existentes no constituye parte de este derecho en tanto en cuanto será una opción discrecional de los responsables políticos que, en todo caso, deberá acreditarse mediante el correspondiente expediente de municipalización.

Sin embargo, aquellos servicios municipales que tienen el carácter de obligatorios por imperativo del artículo 26 de la LBRL, atendiendo a la escala poblacional que en él mismo se contiene, pueden ser exigidos para su implantación por cualquier vecino del municipio, como establece el artículo 18.1.g) de la LBRL.

La doctrina, no obstante, ha resaltado la dificultad, que no imposibilidad, de hacer valer realmente este derecho ante el municipio, apuntando una serie de fórmulas posibles como la establecida en el artículo 151.2.b) de la LHL al permitir que cualquier interesado pueda presentar reclamaciones contra el presupuesto municipal cuando en el mismo se omita el crédito necesario para el cumplimiento de obligaciones exigibles a la entidad local, en virtud de precepto legal o de cualquier otro título legítimo.

5. Otros derechos

Como afirmamos con anterioridad, la lista enunciativa de derechos del vecino del artículo 18 de la LBRL no es limitativa, como reconoce el propio artículo 181.i) al remitirse a aquellos otros derechos establecidos en las leyes. A título meramente enunciativo, destacamos el ejercicio sustitutivo por los vecinos de las acciones que corresponden al ente local en defensa de sus bienes y derechos (artículo 68 de la LBRL).

En el capítulo de *deberes*, como la otra cara de la relación jurídica vecino-ciudad, destacamos los siguientes:

–Contribuir mediante prestaciones y personales legalmente previstas a la realización de las competencias municipales [artículo 18.1.d)].

–Utilizar los bienes de dominio público de acuerdo con sus propias características y a los actos de afectación al uso o servicio público.

5. Las novedades de la Ley 57/2003 sobre el estatuto del vecino⁶

La LMMGL, al incidir en el estatuto del vecino, lo ha hecho volcándose en uno de los derechos sustanciales de éste: el derecho de participación, sin que, por el contrario haya replanteado o reformulado el estatuto del vecino en los términos en que esencialmente se reconocía del artículo 18 de la LBRL. Efectivamente, es un artículo que ha sufrido una ligerísima modificación que

no supone un salto ni cuantitativo ni cualitativo en el conjunto de situaciones jurídicas que se engloban bajo el concepto de “estatuto del vecino”.

Así, el artículo 18.1.h) incluye ahora como derecho de los vecinos a ejercer *la iniciativa popular* en los términos previstos en el artículo 70 bis de la propia ley. Pero debemos reconocer que ni siquiera en este apartado la nueva regulación es novedosa, toda vez que ya el artículo 231 del ROF permitía a los vecinos presentar solicitudes a cualquier órgano del ayuntamiento en petición de aclaraciones o actuaciones municipales e, incluso en este último supuesto, el destinatario informará al solicitante del trámite que se le haya de dar. El nuevo artículo 70 bis de la LBRL concreta y delimita la posibilidad anterior objetivándola y dándole mayor contenido formal. Este precepto establece, en su apartado 2 que:

“Los vecinos que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales podrán ejercer la iniciativa popular, presentando propuestas de acuerdos o actuaciones o proyectos de reglamentos en materia de competencia municipal. Dichas iniciativas deberán ir suscritas al menos por el siguiente porcentaje de vecinos del municipio:

–Hasta 5.000 habitantes, el 20%.

–De 5001 a 20.000 habitantes, el 15%

–A partir de 20.001 habitantes el 10%.

“Tales iniciativas pueden llevar incorporada una propuesta de consulta popular local, que será tramitada en tal caso por el procedimiento y con los requisitos previstos en el artículo 71 [...]”

Una vez presentada la iniciativa el procedimiento a seguir contiene los siguientes trámites básicos:

–Informe de legalidad del secretario del ayuntamiento.

–Informe del interventor si de la iniciativa se generan derechos o deberes de contenido económico.

–Inclusión en el orden del día del Pleno para su debate y votación. Hemos de entender que previamente deberá estar dictaminado o informado por la comisión informativa que corresponda.

–Resolución por el órgano competente para resolver por razón de la materia. No aclara la ley si la resolución por el órgano competente podría ir en contra del acuerdo que adoptara el Pleno, ya que la terminología que utiliza la ley es confusa al expresar que “tales iniciativas deberán ser sometidas a debate y votación en el pleno, sin perjuicio de que sean resueltas por el órgano competente por razón de la materia”. Parece significar que sobre la petición habrá un debate y votación de posicionamiento político de los grupos que componen el Pleno que no será vinculante para el órgano que definitivamente deba resolver.

6. Una primera aproximación a este tema la ha realizado CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio, *op. cit.*

Por tanto, podemos afirmar sin riesgo a equivocarnos, que esta ley no ha supuesto, salvo en el tema de la participación ciudadana que analizaremos con más detenimiento a continuación, ningún añadido cuantitativo, como hemos dicho. Sin bien es verdad que la detallada regulación y ampliación del campo de la participación ciudadana en los asuntos locales, especialmente en las grandes ciudades, si supone de facto un nuevo papel del vecino ante el poder local pero, como hemos indicado, no por la aparición de nuevos derechos, sino por la configuración de un derecho de participación más activo, con nuevos perfiles y nuevos contenidos.

5.1. La participación ciudadana como principio activo de relaciones con la Administración local

No cabe duda. El poder, la Administración, es la *gente*. Como afirma Rodríguez-Arana,⁷ la gente debe exigir más en todo lo que supone el ejercicio de políticas públicas. El ciudadano, la gente, en general, es el centro del sistema y, por ello, el poder público no debe ejercerse nunca desde la óptica de los privilegios o prerrogativas, sino como instrumento de servicio. No obstante la crisis de valores de la sociedad y del llamado Estado del bienestar han afectado al funcionamiento del sistema. Este autor defiende el que esta crisis ha tenido dos partes importantes: la crisis económica y la crisis de confianza de los ciudadanos en los poderes públicos y, especialmente, en la Administración.

Estas afirmaciones laten en la conciencia social del personal político y por eso, en este sentido de falta de confianza, y por que no decirlo de legitimidad, debía abordarse la reforma de las administraciones públicas, especialmente la local, por ser la más cercana al ciudadano, donde éste se configure como el verdadero propietario del aparato público.

En este sentido se están abordando estrategias tendientes a incrementar el respeto al principio de legalidad, acrecentar las funciones de control o profundizar en la ética de lo público. Pero junto a estos y otros aspectos de la reforma, se erigía como fundamental, al menos en el ámbito local, la revitalización del principio de participación ciudadana como coadyuvante a un incremento de legitimación del poder local. La configuración del Estado social y democrático de derecho supone una nueva funcionalidad de las administraciones públicas. Por ello, la Administración, al gestionar los intereses colectivos debe fomentar las técnicas que permitan la colaboración de la sociedad y de los ciudada-

nos en la elaboración de los criterios rectores que impulsen los intereses colectivos. Como afirma Rodríguez-Arana, “quiere eso decir que los ciudadanos no deben ser solo sujetos pasivos de las potestades públicas, sino que deben aspirar a ser legítimos colaboradores y protagonistas de la propia Administración para la gestión de los propios intereses que les afecten”.

El principio de participación tiene un amplio fundamento constitucional en los artículos 9.2, 23.1, 105 o 129.1, y resultan especialmente intenso en el ámbito municipal. Así, coincidiendo con Martín Pérez,⁸ la política y la cultura democráticas requieren una dialéctica de pluralismo y consenso, de confrontación y negociación que sólo puede desarrollarse en un estado democrático y participativo. Que haya mayor o menor participación es un problema de Estado y de Gobierno. “Si no se entiende así –dice Martín Pérez– se corre el riesgo de excluir de facto a la mayoría de los ciudadanos de las decisiones políticas y luego culpabilizarlos porque no participan”.⁹

El punto de partida de la regulación legal del principio de participación en el ámbito local, tras las citas de la Constitución española que hemos realizado, lo encontramos en el artículo 69 de la LBRL:

“Las corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local.

“Las formas, medios y procedimientos de participación que las corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización no podrá, en ningún caso, menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por ley.”

Pero interesa que reflexionemos junto a Chaves García,¹⁰ más que sobre su propia regulación legal, sobre los siguientes aspectos:

–*El momento de la participación.* Una participación *a priori* de la toma de decisión posee mayor virtualidad que la participación con la decisión adoptada, normalmente de carácter meramente informativo. –*Los sujetos que participan.* Pueden agruparse por diferentes categorías, todos los ciudadanos –ejemplo de los trámites de información pública de procedimientos–, los usuarios de un determinado servicio público, asociaciones vecinales, económicas o sociales, etc. Hay que considerar que en la legislación local –especialmente en el ROF– las asociaciones vecinales tienen el mayor protagonismo participativo. El propio Tribunal Constitucional, en STC de 27 de septiembre de 1987, afirmó

7. RODRÍGUEZ-ARANA: “El poder y la gente”, en diario *La Ley*, 1998.

8. MARTÍN PÉREZ, Antonio: “Participación ciudadana: Modalidades. Información municipal: Acceso al registro”, en CUNAL, mayo de 2001.

9. En términos similares se pronuncian otros autores como RUEDA GÓMEZ, José M.^a, en “La participación ciudadana en la vida local. Especial referen-

cia al Ayuntamiento de Granada”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 18, octubre de 2002.

10. CHAVES GARCÍA: “El derecho de participación de los vecinos”, en CUNAL, julio de 2002.

que “la asociación asume un papel de informar y concienciar a la opinión pública sobre situaciones que considere injustas o lesivas al colectivo ciudadano o a alguno de sus miembros”.

—*Las formas o modalidades de la participación.* En foros institucionalizados o no, de forma escrita u oral, de forma permanente u ocasional, etc. Dentro de este criterio sí es interesante destacar tres modalidades en el ejercicio de la participación:

Participación *representativa*, a través de la elección de representantes en asuntos públicos.

Participación *orgánica*, integrando a los representantes de los ciudadanos en órganos administrativos, normalmente órganos de carácter consultivo. Por ejemplo, en las comunidades de usuarios al amparo de la Ley de aguas o en el Consejo de Salud del Área, al amparo de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad.

Participación *procedimental*, mediante la institución de los trámites de información pública o audiencia o mediante la audiencia corporativa en los proyectos de reglamentos u ordenanzas o mediante encuestas, como reconocía la Ley de reforma y desarrollo agrario de 1973.

Por tanto, cabe ahora preguntarse por esos *mecanismos y formas de participación* que se encontraban establecidos tanto por la Constitución española como por la LBRL y el ROF, antes de la LMMGL y que, resumidamente son:

1. *A formular la consulta popular* (artículo 71 de la LBRL). Los ayuntamientos, en materia de su competencia, excepto los relativos a la hacienda local, previo acuerdo plenario por mayoría absoluta y previa autorización del Gobierno de la nación, pueden solicitar de los vecinos su opinión sobre una determinada cuestión municipal, que no tiene carácter vinculante (artículo 18 y 71).¹¹

2. *A asistir a las sesiones plenarias y a exponer durante el Pleno.* Los plenos de las entidades locales son públicos y se permite —artículo 228 del ROF— realizar posibles interpelaciones o preguntas por las asociaciones o entidades —no por los ciudadanos— a los responsables municipales, debiendo solicitarlo del alcalde antes del inicio de la sesión. Sin embargo, sí se permite que, finalizada la sesión, el alcalde pueda establecer un turno de intervenciones por el público asistente —es decir, cualquier ciudadano— sobre temas concretos de interés municipal.

3. *A conocer las circunstancias de las sesiones de los órganos colegiados y de los acuerdos que se adopten,* mediante la publicidad de las convocatorias y órdenes

del día o la publicación oficial de las disposiciones de carácter general local.

4. *A presentar escritos para pedir aclaraciones o actuaciones municipales.* Se exige que se presenten por escrito y se resolverán conforme a la normativa de procedimiento administrativo (artículo 231 del ROF). Pero, cuando la solicitud formule una propuesta de actuación municipal, su destinatario informará al solicitante del trámite que se le haya de dar. Si la propuesta llega a tratarse en algún órgano colegiado municipal, quien actúe de secretario del mismo remitirá en el plazo máximo de quince días al proponente copia de la parte correspondiente del acta de la sesión. Asimismo, el presidente del órgano colegiado podrá requerir la presencia del autor de la propuesta en la sesión que corresponda, a los efectos de explicarla y defenderla por sí mismo.

5. *A ejercer el derecho de petición,¹² de iniciativa y de queja en los términos del artículo 68 de la LBRL.* Este ejercicio está directamente vinculado a los derechos reconocidos en el artículo 18 de la misma ley que ya hemos analizado.

6. *A que exista una oficina de información local.* Ante ella se ejercitará el derecho a obtener copias y certificaciones de los acuerdos municipales o sus antecedentes.

7. *A acceder, asociativamente, al uso y los medios públicos municipales,* lo que se realizará por escrito y se ejercitará con las limitaciones que imponga la conciencia del uso por parte de varias de ellas o por el propio ayuntamiento, siendo responsables del trato dado a las instalaciones.

8. *A recibir, asociativamente, información institucional municipal,* como las convocatorias del Pleno cuando en el orden del día figuren cuestiones relacionadas con el objeto social o como a las publicaciones que, en su caso, edite el ayuntamiento.

9. *A inscribirse en el Registro Municipal de Asociaciones Vecinales,* como requisito imprescindible para, asociativamente, ejercitar los derechos que tienen reconocidos.

5.2. La importancia del principio de participación en los grandes municipios y sus nuevas fórmulas

Una de las reflexiones más interesantes que he podido encontrar en relación con el significado y al sentido de

11. Resulta de especial interés la STS de 14 de noviembre de 1989 (La Ley Juris: 1401-JF/000) en la que la Comisión Ciudadana Pro-metro de Sevilla solicitó al alcalde de Sevilla la solicitud de una consulta popular para conocer la voluntad popular sobre la continuación de las obras del metro de Sevilla, obligándolo la sentencia al alcalde a tramitar la mencionada petición conforme al artículo 71 de la LBRL, al considerar los derechos del artículo 71 de la LBRL como derechos públicos subjetivos exigibles, por tanto, si fueran desestimados,

en vía contencioso-administrativa. En el mismo sentido, la STS de 26 de junio de 1999 (RA 4278).

Véase, asimismo, ARROYO GARCÍA, Juan: “Las consultas populares municipales, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 437/83.

12. Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición. Pueden consultarse, entre otros, los autos del Tribunal Constitucional núms. 46/1980 y 749/1985 y las STC 161/1988 y 242/1993.

la participación local es la de los profesores Joan Font e Ismael Blanco.¹³

Comentan estos autores cómo la creciente preocupación por la participación ciudadana ha llevado a los responsables políticos a utilizar distintos mecanismos para formalizar la referida participación citando, a título de muestra, los planes estratégicos, agendas 21, jurados ciudadanos, o presupuestos participativos. La pregunta clave a resolver en materia de participación sería cómo se realiza esta participación y a quién se le da protagonismo en los procesos participativos. Tras una interesante digresión, llegan a la conclusión de que los consejos consultivos municipales, erigidos por la LBRL como el instrumento básico de la canalización de la participación ciudadana en los municipios, se han visto desbordados, debiendo los responsables políticos, en el marco de una legalidad que los respalde, implantar nuevas políticas públicas participativas tomando como referente tanto las experiencias habidas como el nuevo grado de educación y madurez democrática de los ciudadanos.

Uno de los temas nucleares de la reunión en Sevilla del grupo de alcaldes de las siete grandes ciudades españolas fue el de la participación ciudadana. Allí se gestó la idea de la promulgación de una Ley de grandes ciudades, cuyo objetivo prioritario era la redefinición del marco competencial local, al menos, en lo que a grandes ciudades se refería. Comentando este hecho, Canales Aliende¹⁴ proponía que se incluyeran en esa futurible –entonces– ley, otra serie de medidas complementarias, entre las que destacaba un conjunto de medidas destinadas a revitalizar la vida política democrática local y la participación pluralista ciudadana que, a su juicio, debía abarcar, entre otros, los siguientes aspectos:

–La institucionalización en todos los ámbitos y sectores administrativos de la representación y participación ciudadana.

–La introducción y potenciación de fórmulas de democracia directa extra-electoral, tales como el referéndum y la consulta.

La preocupación por la participación ciudadana es una constante política y comienza a considerarse como argumento electoral en algunos partidos políticos. Así, en el diario *ABC*, edición de Sevilla, del martes día 30 de diciembre de 2003, aparece un artículo en el que se indica que:

“El borrador del programa electoral del PSOE prevé también la elaboración de una ley básica de participación institucional, que profundice en el reconocimiento del derecho a la participación de las organizaciones

sociales, y que eleve el rango de algunas disposiciones reglamentarias para que se atribuyan mayores competencias a los agentes sociales, y en particular a los sindicatos. Los socialistas también quieren establecer la obligación de que todo proyecto normativo vaya acompañado de una memoria participativa en la que se recojan las aportaciones de las entidades sociales que tienen que ver en el proceso.”

Aquella precoz preocupación de Canales Aliende –estamos hablando del año 1995– ha sido reconocida y recogida por la nueva LMMGL. Basta realizar un reflexión sobre el contenido parcial de su exposición de motivos cuando dice:

“En materia de participación ciudadana, se establecen unos estándares mínimos que constituyen los mecanismos necesarios para su potenciación: el establecimiento de la necesidad de reglamentos orgánicos en *todos* los municipios en materia de participación ciudadana, que determinen y regulen los procedimientos y mecanismos adecuados para hacerla efectiva; la aplicación necesaria de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación de forma interactiva, para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos así como para facilitar la realización de trámites administrativos y la introducción en la legislación básica sobre régimen local de las iniciativas ciudadanas, que pueden constituir un importante instrumento participativo, que puede dar lugar, incluso, a consultas populares.

“En definitiva, los diversos mecanismos participativos creados e impulsados por la ley tanto con carácter general como los que más adelante se señalarán para los municipios para los que resulta de aplicación el título X de la ley, colocan a nuestro régimen local en la línea avanzada de promoción de la participación que está adquiriendo cuerpo en todo el continente, impulsada por el Consejo de Europa, y de la que es una importante manifestación la recomendación de su Comité de Ministros Rec. (2001) 19, que ha servido de fuente de inspiración para esta reforma.”

Siguiendo la propia sistematización de la exposición de motivos de la LMMGL vamos a realizar un tratamiento diferenciado de los nuevos instrumentos de participación en todos los municipios y en los municipios de gran población a los que se aplica el nuevo título X de la LBRL.

A) En todos los municipios

Los artículos que regulan la participación de los ciudadanos en el ámbito local siguen siendo el artículo 18 y todo el capítulo IV del título V de la LBRL, donde se ubica el nuevo artículo 70 bis, cuyo contenido destacamos a continuación en apartados, ya que el contenido

13. JOAN FONT e ISMAEL BLANCO, en su publicación “Participación local. Más allá de la democracia asociativa”, en *Revista de Estudios de Administración Local* núm. 290, septiembre-diciembre de 2002, pág. 175 y ss.

14. CANALES ALIENDE: “Reflexiones sobre la situación y problemática actual del gobierno y administración de las grandes ciudades españolas”, en *REALA* núm. 265, de 1995.

de los demás artículos los hemos ido comentando a lo largo del presente trabajo:

—La posibilidad de ejercer la iniciativa popular en los términos previstos en el artículo 70 bis de la misma y que ya hemos comentado. —La ley prevé que cuando así lo acuerde el Pleno, con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros, o así lo disponga su reglamento orgánico podrán crearse en los municipios una comisión especial de sugerencias y reclamaciones que, a sensu contrario, es obligatoria en los municipios señalados en el título X de la ley.

—Todos los ayuntamientos deberán establecer y regular en normas de carácter orgánico (lo normal será a través del reglamento orgánico municipal) *procedimientos* y *órganos* adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local, tanto del municipio como de los distritos si existieren.

—Todas las entidades locales, y especialmente los municipios, deberán impulsar la utilización interactiva de las nuevas tecnologías para facilitar la participación y comunicación con los vecinos, debiendo las diputaciones provinciales, cabildos y consejos, colaborar para tal consecución con los municipios de escasa capacidad económica y de gestión (véase en este sentido el artículo 45 de la LRJAP y del PAC).

B) En los municipios a los que se aplica el título X

Es, sin duda, en el ámbito de las grandes ciudades en el que la participación ciudadana, especialmente en cuanto a su canalización y desarrollo, alcanza la máxima importancia por la “despersonalización” de la gran ciudad frente a la cercanía del vecino con sus representantes en municipios más medianos y pequeños. Como tal preocupación la ley ha sido consciente que, junto a las posibilidades del régimen común de la mayoría de los municipios, las grandes ciudades precisan ahondar en la legitimación democrática y participativa de sus actividades y políticas. A tal efecto, introduce destacadas innovaciones que la propia exposición de motivos se ha ocupado de adelantarnos. Así, para los municipios a los que se le aplica el nuevo título X expresa que:

“En cuanto a los distritos, que constituyen un instrumento esencial para el desarrollo de políticas de proximidad y participación en los municipios altamente poblados, tanto desde la perspectiva de la desconcentración de funciones como desde la de la participación ciudadana, se establece su carácter necesario, debien-

do, además, cada ayuntamiento establecer el porcentaje mínimo de los recursos que deberá gestionarse por distritos.

“También debe destacarse el establecimiento del denominado Consejo Social de la ciudad, como mecanismo participativo de carácter consultivo de las principales organizaciones económicas y sociales el municipio, centrado esencialmente en el campo del desarrollo local y de la planificación estratégica urbana, ámbitos éstos que están adquiriendo una importancia esencial en las políticas locales.

“Por último, otra novedad relevante en el ámbito organizativo es el establecimiento de un órgano para la participación de los vecinos y la defensa de sus derechos. La ley ha puesto el acento en este ámbito al prever la necesidad de que esta defensa se garantice mediante la creación de una comisión de sugerencias y reclamaciones, que estará formada por miembros del pleno, con participación de todos los grupos políticos.”

Del articulado de la ley podemos estacar en materia de participación las siguientes consideraciones:

1. *Se prevé la creación del Consejo Social de la Ciudad*,¹⁵ cuya regulación tendrá naturaleza orgánica, debiendo, en consecuencia estar regulado por reglamento esta naturaleza. Este órgano viene a ser lo que el Consejo Económico y Social para el Estado¹⁶ o para las comunidades autónomas,¹⁷ y en el que se integrarán representantes de las organizaciones económicas, sociales, profesionales y de vecinos más significativas.

Constituirán sus funciones las que determine el Pleno mediante normas organizativas y, en todo caso, la emisión de informes, estudios y propuestas en materia de desarrollo económico local, planificación estratégica y grandes proyectos urbanos. Lo usual es que este tipo de órganos, antes de la adopción de acuerdos importantes en materia económica, informe previamente sobre los mismos, como es el caso de los presupuestos anuales o las ordenanzas fiscales. Mas, en este último apartado, debemos considerar lo dispuesto en el artículo 137 de la LMMGL, que atribuye al órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas el dictamen sobre los proyectos de ordenanzas fiscales, aunque, en puridad, ello no empece que también pueda ser dictaminado el proyecto por el Consejo Social de la Ciudad.

Como sucede en el caso de los distritos, la ley ha creado un órgano de participación pero no ha previsto, ni

15. La creación de consejos consultivos como mecanismos de participación se han regulado también en el ámbito autonómico en relación con diferentes materias, como por ejemplo el Consejo Asesor del Medio Ambiente, creado por el Decreto 57/1995, de 7 de marzo, o los consejos provinciales de medio ambiente, creados por Decreto 198/1995, de 1 de agosto o, el Consejo Andaluz de Salud, creado por Decreto 174/2001, de 24 de julio.

16. El Consejo Económico y Social del Estado se creó por la Ley 21/1991, de 17 de junio, configurándose como un órgano consultivo del gobierno en materia socioeconómica y laboral.

17. El Consejo Económico y Social de Andalucía se crea por la Ley 5/1997, de 26 de noviembre, como cauce permanente de participación y diálogo de los interlocutores sociales en el debate de asuntos socio-económicos y laborales, siendo un órgano colegiado de carácter consultivo del Gobierno de la comunidad autónoma en materia económica y social, que actúa con total autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones.

siquiera lo ha apuntado, cómo y cuándo se produciría la intervención del mismo para la ejecución de las competencias que se le asignen.

Podemos afirmar que el Consejo Social de la ciudad participa de la naturaleza de un consejo sectorial de los previstos en los artículos 130 y 131 del ROF, cuya finalidad es la de canalizar la participación de los ciudadanos y de sus asociaciones en los asuntos municipales. Salvo lo que disponga el reglamento orgánico en cuanto a su organización y funcionamiento, puede servir de criterio orientativo lo que al respecto establece el artículo 131 del ROF.

2. *La regulación por reglamento orgánico de los procedimientos de participación ciudadana.* A mi juicio, constituye el gran reto de la ley. La capacidad de elaborar por cada ayuntamiento, no solo el marco general en el que se deba desenvolver la participación ciudadana, sino los mecanismos y cauces concretos de participación en todos y cada uno de los ámbitos municipales, con especificación de quién, cuando, cómo y en qué se puede participar se perfila como una gran labor de sistematización y de consenso político y de rigor técnico administrativo. Pensemos que estos sectores de lo que podríamos denominar “democracia directa” no son muchas las experiencias existentes, estando, por poner un ejemplo, las mesas sectoriales y los foros de opinión que algunas grandes ciudades han creado para debatir temas tan importantes como la revisión de su PGOU o su planificación estratégica.

3. *La regulación por reglamento orgánico de la división del municipio en distritos,* y la determinación y regulación de los órganos de los distritos y de las competencias de sus órganos representativos y participativos. Regulados en el artículo 128 de la ley, los distritos constituyen divisiones territoriales propias, dotadas de órganos de gestión desconcentradas, para impulsar y desarrollar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos municipales y en su mejora. La legislación sobre régimen local estatal ha venido reconociendo la figura de los distritos atribuyendo a las juntas municipales de distrito, como órganos complementarios de las entidades locales territoriales, las funciones de mejorar la gestión de los asuntos de la competencia municipal y facilitar la participación ciudadana (artículo 128 del ROF).

Sin embargo, se puede criticar la regulación de los distritos en la LMMGL, en el sentido de que establece un mecanismo orgánico de participación pero no desarrolla, ni siquiera apunta, a como debe canalizarse y desarrollarse esa participación, lo que se diferirá a su

regulación por el reglamento orgánico. La figura de los distritos no es ciertamente novedosa pero si lo es el carácter imperativo de su implantación –la ley dice “los ayuntamientos deberán crear distritos– para todos los ayuntamientos a los que se aplique el título X de la ley.

Estas tres consideraciones aparecen recogidas en el artículo 13, “Atribuciones del Pleno”, y, al preverse su regulación en reglamento de carácter organizativo, tienen que aprobarse por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación por aplicación del artículo 47.2.f).4. *La preceptiva creación de una comisión especial de sugerencias y reclamaciones*, que también tendrá carácter orgánico. Esta comisión, por sus atribuciones y funcionalidad, podría haberse sustituido por un órgano que se llamará “Defensor del Vecino”, emulando al Defensor del Pueblo estatal¹⁸ o a los de las diferentes comunidades autónomas,¹⁹ sólo que en el ámbito municipal. En vez de un órgano unipersonal, se ha querido crear una comisión especial que, al modo de las comisiones informativas especiales, estará formada por representantes de todos los grupos políticos que integren el pleno de forma proporcional al número de miembros que tengan en el mismo.

Sus funciones son muy parecidas a las del Defensor del Pueblo estatal o autonómicos, sólo que circunscribiendo su ámbito orgánico territorial de control al gobierno y administración municipal:

–Supervisar la actividad municipal, en general.

–Elaboración de un informe anual comprensivo de las quejas presentadas y de las deficiencias observadas en el funcionamiento de los servicios municipales, con indicación de las sugerencias o recomendaciones no admitidas por la Administración municipal. Este informe tendrá carácter anual y deberá presentarlo al Pleno.

–Elaboración de informe o informes extraordinarios por la gravedad o urgencia de los hechos que acontezcan.

–Exigir que todos los órganos de gobierno y administración municipal colaboren con ella.

En definitiva, la revitalización del principio de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos que esta ley pretende supone un avance en el cambio de óptica del ciudadano ante la Administración en el sentido de superar una visión estática o pasiva para pasar a una actitud dinámica o activa en las tomas de decisiones de sus responsables municipales, como expresa su exposición de motivos. Confiamos que la nueva regulación sea provechosa para todos. ■

18. El Defensor del Pueblo estatal se prevé en el artículo 54 de la CE y se regula por la Ley orgánica 3/1981, de 6 de abril.

19. Por ejemplo, el Defensor del Pueblo andaluz, previsto en el artículo 46 del Estatuto de autonomía de Andalucía y regulado en la Ley 9/1983, de 1 de diciembre.

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.

Separación del Ayuntamiento de Chandrexa de Queixa de la Mancomunidad das Terras do Navea-Bibei

Francisco Cacharro Gosende
Vicesecretario
de la Diputación de Ourense

1. Antecedentes

De acuerdo con la documentación remitida a este servicio de asistencia por la Mancomunidad Terras do Navea-Bibei, se consideran los siguientes:

1.º) Con fecha 19 de febrero de 2001, el Pleno del Ayuntamiento de Chandrexa de Queixa acordó separarse de la Mancomunidad das Terras do Navea-Bibei y del Patronato de Turismo Terras de Trives (organismo autónomo dependiente de la Mancomunidad), pagando las aportaciones pendientes desde el año 2000 hasta febrero de 2001, así como las aportaciones pendientes al Patronato de Turismo Terras de Trives.

De dicho acuerdo plenario se dio traslado a la Mancomunidad, que lo recibió el 26 de febrero.

2.º) Con fecha 27 de febrero de 2001, el presidente de la Mancomunidad dirige al Ayuntamiento de Chandrexa un escrito calificado como reclamación contra el acuerdo municipal de separación (que considera no ajustado a Derecho) instando, además, su suspensión. En dicha reclamación, el presidente de la Mancomunidad, tras enunciar la relación de servicios mancomunados de los que formaba parte el Ayuntamiento de Chandrexa, argumenta que, de una parte, de acuerdo con los estatutos de la Mancomunidad el Ayuntamiento no puede dejar de pertenecer a dicha entidad *“se ten con ela débedas pendentes, ata que aboe as cantidades correspondentes”*, señalando que el Ayuntamiento de Chandrexa incurre en este supuesto, ya que, además de las cuotas pendientes del ejercicio 2000 y 2001, existen *“cantidades a determinar en función das obrigas pendentes de pagamento e xa recoñecidas pola Mancomunidade (préstamos a curto e longo prazo, etc.) [...] así como outros pendentes de avaliación (ex. Protección civil)”*; de otra parte, señala que es preciso, como acto previo a la separación, la modificación *“estatutaria”* en lo relativo a los habilitados nacionales al servicio de la Mancomunidad (ya que, según el reglamento de régimen interior de la Mancomunidad, las funciones de intervención serían desempeñadas por el secretario interventor de Chandrexa de Queixa); de donde deduce que, pese al acuerdo municipal, *“deberá asumir a intervención o funcionario de habilitación nacional que desempeñe secretaría-intervención en Chandrexa de Queixa, que será o encargado de elaborar toda a liquidación da débeda dese concello coa mancomunidade”*

(se entiende, hasta que se modifique dicho reglamento de régimen interior). Concluye el escrito del presidente afirmando que *“unilateralmente non pode o concello fixar datas para abandoar a entidade supramunicipal”* pues a su juicio *“só o poderá facer cando teña canceladas as súas débedas, débedas que serán liquidadas pola Intervención de conformidade cos criterios establecidos pola propia mancomunidade no eido das súas competencias”*.

3.º) El 27 de marzo de 2001, el alcalde de Chandrexa dirige un nuevo escrito a la Mancomunidad, en el que se reitera la voluntad municipal de separación expresada en el acuerdo de 19 de febrero y, en consecuencia, de que cese la prestación de todos los servicios mancomunados que el ayuntamiento venía recibiendo; asimismo, y al no haberse recibido la liquidación definitiva, indica que el Ayuntamiento procederá a abonar las cuotas pendientes en los días siguientes a esa comunicación.

A dicho escrito responde el presidente de la Mancomunidad mediante un oficio de 29 de marzo de 2001, en el que se comunica al Ayuntamiento que se toma razón de la renuncia a la recepción de servicios mancomunados con fecha 31 de marzo de 2001, *“sendo ese concello, a partires desa data, unicamente partícipe dos custos dos servizos xerais da mancomunidade”*, costes que se le liquidarán *“ata o momento da data do cese real e efectivo dese concello na mancomunidade”*, cese que no podrá producirse *“ata que o concello de Chandrexa de Queixa pague a totalidade das obrigas contraídas pendentes de pagamento”*; de otra parte, se afirma que la liquidación formulada por la intervención de la Mancomunidad fue entregada al Ayuntamiento el 22 de marzo.

4.º) El 6 de abril de 2001 el Ayuntamiento de Chandrexa efectúa un ingreso a favor de la Mancomunidad

por importe de 7.200.000 ptas. (43.272,87 €), correspondiente a las cuotas del período de junio de 2000 a marzo de 2001. De ello se toma razón en escrito de 20 de abril, en el que, no obstante, se hace constar que *“quedan pendentes de ingreso as cantidades correspondentes á liquidación definitiva obrante nese concello”*, por lo que se solicita su ingreso en plazo de quince días.

5.º) Con fecha 7 de mayo de 2001, el Pleno de la Mancomunidad adoptó diversos acuerdos en relación con la separación de Chandrexa. En primer lugar, se encomendaron las funciones de intervención, con efectos de 8 de mayo, a la secretaria interventora de la agrupación Trives-Río, a la que estatutariamente venían correspondiendo las funciones de secretaría. Dicha encomienda se realiza hasta la resolución definitiva del expediente de separación, momento en que *“se adoptarán as medidas procedentes”*. En segundo lugar, se eleva a definitiva la liquidación de la deuda imputada al Ayuntamiento de Chandrexa, deuda que se señala

debe cancelar con carácter previo a su salida de la

Mancomunidad y que se cifra en la cuantía de 247.720 €. En tercer lugar, se acuerda la adopción de las medidas precisas para garantizar el pago de dicha deuda, previéndose la posibilidad de solicitar la retención de los ingresos que el Ayuntamiento de Chandrexa pudiese percibir del Estado y la comunidad autónoma.

En la parte dispositiva de dicho acuerdo se contienen los fundamentos que llevan a su adopción. Por lo demás, el acuerdo fue notificado al Ayuntamiento de Chandrexa con fecha 6 de junio de 2001, aunque sin indicación de los recursos procedentes contra el mismo.

2. Consideraciones jurídicas

El objeto de la controversia suscitada es, obviamente, la liquidación aprobada por la Mancomunidad, a raíz del acuerdo de separación adoptado por el Ayuntamiento de Chandrexa, y cuyo abono se plantea como requisito para la efectividad de dicha separación.

No obstante, y además del contenido de la controvertida liquidación, es preciso, previamente, analizar una serie de cuestiones formales, en relación con el procedimiento de separación de municipios de las mancomunidades, establecido en la normativa vigente.

2.1. Procedimiento de separación

En lo que respecta al procedimiento a seguir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 143.2 de la vigente Ley de Administración local de Galicia, “toda incorporación o separación de miembros de una mancomunidad conllevará necesariamente la modificación de sus estatutos”. Añade el artículo 143.3 que “en caso de que un municipio decida unilateralmente separarse de la mancomunidad, lo manifestará con un año de antelación, sin dejar de cumplir con los compromisos contraídos en ese plazo”. El hecho de que la Mancomunidad das Terras do Navea-Bibei existiese con anterioridad a la entrada en vigor de la LALG entendemos que no es óbice a la aplicación de las normas señaladas, ya que las mismas se refieren a procedimientos iniciados durante su vigencia.

De las normas citadas se pueden deducir las siguientes consecuencias:

a) En primer lugar, y aun cuando el verbo “conllevará” pueda adolecer de una cierta ambigüedad semántica (en la medida en que, lingüísticamente, cabría interpretar que la modificación estatutaria no es un requisito para la separación, sino un trámite posterior, aunque obligatorio) jurídicamente es claro que la separación no puede ser acordada unilateralmente por el municipio interesado, sino que es precisamente a través del oportuno procedimiento de modificación estatutaria como

debe alcanzarse dicho acuerdo. Esta interpretación se impone por razones lógicas: ningún sentido tendría permitir la separación unilateral con carácter previo a que se acordase la modificación estatutaria, y considerar aquel acuerdo municipal como ejecutivo antes de que se adoptase el de modificación, ya que, de operarse así, no existiría ninguna garantía de que la modificación estatutaria exigida se fuese a llevar a cabo (sería perfectamente posible que, acordada la separación por un ayuntamiento, no prosperase sin embargo la modificación estatutaria que ello implica). Por otra parte, la separación rara vez consistirá en la simple pérdida de la condición de miembro de la mancomunidad, y lo normal será que –como en el caso que nos ocupa– plantee la necesidad de resolver determinadas cuestiones –de carácter patrimonial o de otro tipo– que deban ser resueltas al acordarse la separación, condicionando en su caso el modo en que ha de llevarse a cabo esta última, siendo el procedimiento de modificación estatutaria el marco idóneo para la resolución de estas cuestiones. Es cierto que la pertenencia a una mancomunidad constituye un acto de ejercicio de un derecho de asociación, reconocido en el artículo 44 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, derecho de asociación que, en la concepción comúnmente admitida del mismo, incluye la vertiente negativa del derecho a no mancomunarse o a darse de baja de una mancomunidad. Podría parecer, en este sentido, que el someter el ejercicio de ese derecho, en su vertiente negativa, a un procedimiento de modificación estatutaria –procedimiento que es resuelto por acuerdo plenario de todos los ayuntamientos mancomunados, requiriéndose la aprobación por la mayoría de ellos, en cada caso, mediante acuerdo plenario adoptado por mayoría absoluta– equivale a someter el ejercicio del derecho a separarse por parte de un municipio a una suerte de autorización previa por parte de los demás. Frente a este argumento, sin embargo, hay que decir que la separación de un miembro de la mancomunidad es una decisión que afecta, lógicamente, a los intereses de todos sus miembros, y que el sometimiento a ese procedimiento no constituye un régimen de autorización contrario a la autonomía municipal, sino una garantía de que dicha separación se lleve a cabo en condiciones que aseguren que no se producen consecuencias antijurídicas frente a terceros (en particular, el resto de municipios). En cierto modo, podría decirse que el sometimiento de la separación a la previa modificación estatutaria aprobada por la mayoría de los municipios [artículo 143.1.d) de la LALG] no es sino una consecuencia –mudando lo mudable– del principio jurídico general (recogido en el artículo 1256 de nuestro Código civil) de que “el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (principio que, a un nivel abstracto, y considerando la naturaleza asociativa de la mancomunidad –que aproxima analógi-

camente el acto de su constitución a un contrato plural de organización– entiendo que resulta perfectamente invocable como elemento interpretativo de las normas que comentamos). Cuestión distinta es que, evidentemente, los distintos ayuntamientos no gocen tampoco de libertad para denegar la aprobación de la modificación estatutaria que exige la separación, denegación que, a mi juicio, no podrían legalmente adoptar más que en aquellos casos en que las condiciones en que se plantee dicha separación impliquen infracción del ordenamiento jurídico. Es decir: no puede interpretarse que el sometimiento del expediente de separación al procedimiento de modificación estatutaria atribuya a los demás ayuntamientos la facultad de limitar, sobre la base de consideraciones extrajurídicas, la libertad de asociación (en su vertiente negativa) del municipio que decide separarse. Simplemente, establece un procedimiento formal para garantizar que esa separación se lleve a cabo de acuerdo con lo previsto en la ley y los estatutos de la entidad intermunicipal, sin causar perjuicios antijurídicos a los demás miembros de la mancomunidad y permitiendo, además, la adopción de las medidas de reajuste (organizativo, de régimen económico, etcétera) que, como consecuencia de la alteración estructural de la Mancomunidad implícita en la separación, deban adoptarse; salvaguardándose, en esos mismos términos, el derecho del cada municipio a optar por su separación.

b) En segundo lugar, nos encontramos con que el acuerdo de separación del municipio interesado debe comunicarse con al menos un año de antelación, sin dejar de cumplir con los compromisos adquiridos en ese plazo (es decir, a lo largo de ese año, que, en los términos en que se expresa la ley, debe entenderse como equivalente no al año natural, sino a un período de doce meses, contados desde la fecha de la comunicación). A mi juicio, esto no significa que, de prolongarse la tramitación del expediente de modificación más de un año, deba diferirse necesariamente la efectividad de la separación al momento de conclusión de dicho expediente. Lo que la ley establece es un plazo de un año de preaviso y una obligación de asumir los compromisos derivados de la pertenencia a la mancomunidad durante ese año (lo que, implícitamente, obliga a prolongar la permanencia en la mancomunidad durante esos doce meses). El momento en que se resuelva el expediente es una cuestión distinta, pudiendo referirse sus efectos (en los términos previstos en el artículo 57.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) a una fecha anterior, siempre y cuando dicha fecha se sitúe a partir del transcurso del señalado plazo de un año (ya que es evidente que, si se deben cumplir los compromisos contraídos en ese año, ello implica que la separación no puede producirse hasta que el año transcurra, pues no cabe contraer compromisos en el sentido a que se refiere la ley una

vez que se ha dejado de ser miembro de la mancomunidad).

En cuanto al porqué de esa norma, parece evidente su justificación en la necesidad de evitar que la decisión de un municipio de separarse de la mancomunidad tenga efectos negativos sobre la actividad administrativa de la entidad intermunicipal, permitiendo la adopción de las previsiones y reajustes oportunos en la programación y planificación de sus actividades.

c) Una cuestión relacionada con la anterior es la de si, para que la separación sea efectiva, se requiere, además de un acuerdo definitivo de modificación estatutaria –y para el caso de que en dicho acuerdo se liquiden obligaciones pendientes del municipio que se separa– la ejecución de dicho acuerdo, esto es: el pago de dichas obligaciones. Aun cuando, de los términos establecidos en la LALG no se deduzca esta consecuencia, en el caso particular de la Mancomunidad das Terras do Navea-Bibei existe una norma estatutaria específica –en concreto, el artículo 15, párrafo primero, de los estatutos de la Mancomunidad, publicados en el BOP de 26 de diciembre de 1992 –que, expresamente, prevé que *“ningún concello poderá deixar de pertencer á mancomunidad se ten con ela débedas pendentes, ata que aboe as cantidades correspondentes”*–. La norma es clara y no precisa de mayores comentarios: la separación efectiva se condiciona al pago de las obligaciones pendientes, en virtud de una norma específica de esta mancomunidad –autorregulación para la que la misma es competente, conforme al artículo 142.1 de la LALG–, por lo que dicha separación no podrá tener efecto hasta que se verifique dicho pago.

d) Otro problema que se plantea, desde el punto de vista del procedimiento, es el de determinar si la liquidación puede considerarse un acto administrativo separado del acuerdo de separación, tramitándose de modo independiente, y sin seguir el procedimiento previsto para dicha separación. En mi opinión, la respuesta debe ser negativa: la liquidación –aunque en sí pudiera considerarse una operación distinta a la mera separación– debe ser objeto de tratamiento conjunto con dicha separación o, al menos, ir precedida por la separación. Abona esta tesis tanto la vinculación existente entre una y otra (la separación es la causa de la liquidación, que, por tanto, precisa de aquélla para poder tener lugar) como el hecho de que el artículo 15 de los estatutos añada el requisito del pago previo de deudas para la efectividad de la separación: esta norma vincula aún más estrechamente separación y liquidación, de tal manera que esta última se convierte en condición de la separación, integrándose en la práctica en su contenido, no pudiendo, por ello, sustraerse al procedimiento específico de modificación estatutaria que la ley impone a la separación. De otra parte, el artículo 144 de la LALG, para el supuesto de disolución de mancomunidad,

des, condiciona la efectividad de dicha disolución a que “sea adoptado por el Pleno el acuerdo de liquidación y distribución de su patrimonio, *el cual se publicará en el Diario Oficial de Galicia junto con el de disolución*” (la cursiva, evidentemente, es mía). Como se ve, el legislador ha vinculado disolución y liquidación, tanto en lo relativo a sus efectos como en lo que respecta al procedimiento. Por analogía, la misma solución parece que debe aplicarse a los supuestos de separación de un municipio.

A modo de resumen, pues, puede decirse que:

a) El Ayuntamiento de Chandrexa no puede separarse unilateralmente de la Mancomunidad.

b) La separación del citado Ayuntamiento debe producirse mediante acuerdo de modificación estatutaria, adoptado siguiendo los trámites establecidos en el artículo 143 (acuerdo de la Mancomunidad, información pública por un mes e informe de la Diputación Provincial y la Consellería de Xustiza, y acuerdo definitivo adoptado por la mayoría de los ayuntamientos interesados).

c) Entre la fecha de comunicación de la solicitud de separación y la efectividad de la misma deberá transcurrir un plazo de, al menos, un año.

d) Además, en virtud del artículo 15 de los estatutos, las obligaciones pendientes deben haber sido pagadas a la fecha de efectividad de la separación.

e) La liquidación debe aprobarse a través del procedimiento de separación, o, cuando menos, con posterioridad, conforme a los criterios que señalase el acuerdo de separación.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos con que el procedimiento legalmente establecido no se ha seguido a la hora de aprobar la liquidación: en efecto, y tras el acuerdo inicial de 19 de febrero de 2001, del Ayuntamiento de Chandrexa, y previo el intercambio de escritos entre los presidentes de ambas corporaciones, el presidente de la Mancomunidad, mediante un oficio de 29 de marzo de 2001, comunica al Ayuntamiento que se toma razón de la renuncia a la recepción de servicios mancomunados con fecha 31 de marzo de 2001, *“sendo ese concello, a partires de esa data, unicamente partícipe dos custos dos servizos xerais da mancomunidade”*, costes que se le liquidarán *“ata o momento da data do cese real e efectivo dese concello na mancomunidade”*, cese que no podrá producirse *“ata que o concello de Chandrexa de Queixa pague a totalidade das obrigas contraídas pendentes de pagamento”*; por otra parte, se afirma que la liquidación formulada por la Intervención de la Mancomunidad fue entregada al Ayuntamiento el 22 de marzo. Como se dijo, el 6 de abril de 2001 el Ayuntamiento de Chandrexa efectuó un ingreso a favor de la Mancomunidad por importe de 7.200.000 ptas.

(43.272,87 €), correspondiente a las cuotas del período

de junio de 2000 a marzo de 2001. Por último, el 7 de mayo de 2001, el Pleno de la Mancomunidad adoptó diversos acuerdos en relación con la separación de Chandrexa, tal y como se hizo constar en los antecedentes, elevándose a “definitiva” la liquidación de la deuda imputada al Ayuntamiento de Chandrexa, deuda que se señala debe cancelar con carácter previo a su salida de la mancomunidad y que se cifra en la cuantía

de 247.720 €, previéndose la adopción de las medidas precisas para garantizar el pago de dicha deuda, en particular la posibilidad de solicitar la retención de los ingresos que el Ayuntamiento de Chandrexa pudiese percibir del Estado y la comunidad autónoma.

Sin entrar todavía, pues, a analizar la corrección intrínseca de la liquidación formulada, el contraste de estos hechos con los datos normativos expuestos arroja el siguiente resultado:

–El Ayuntamiento de Chandrexa de Queixa, que ha manifestado su voluntad de abandonar la Mancomunidad el 26 de febrero de 2001 (Acuerdo de 19 de febrero de 2001) continúa, a día de hoy, perteneciendo a la Mancomunidad, por la sencilla razón de que el expediente de separación no se ha tramitado (o, en su caso, no se ha concluido).

–Con independencia de ello, el Ayuntamiento de Chandrexa de Queixa no percibe ya ningún servicio de la Mancomunidad (circunstancia aceptada por la Mancomunidad en el Oficio del presidente de 29 de marzo de 2001), por lo que desde la fecha de efectividad de la baja en los servicios (31 de marzo de 2001) hasta la futura fecha de efectividad de la separación sólo podría obligársele al pago de la cuota de servicios generales.

–El Ayuntamiento de Chandrexa formuló el preaviso de separación en el Acuerdo de 19 de febrero de 2001, notificado a la Mancomunidad el 26 de febrero de 2001 (número de registro de entrada 21).

–Por consiguiente, y dado que no parece existir responsabilidad del Ayuntamiento de Chandrexa en la falta de tramitación o retraso del expediente de separación (responsabilidad de los órganos de la Mancomunidad) resulta claro que, siendo evidente la voluntad de separación inmediata del municipio, cualquiera que sea la fecha en que dicho expediente de separación sea aprobado definitivamente, podría referir sus efectos al 27 de febrero de 2002, de acuerdo con la LALG.

–La conjunción del hecho de la baja en los servicios mancomunados con el mantenimiento como miembro de la Mancomunidad, como mínimo hasta el 27 de febrero de 2002, proporciona ya un criterio para la liquidación, en el sentido de que las cuotas por servicios generales (que corresponden a todo miembro de la mancomunidad, por el mero hecho de serlo, y al margen de los servicios que reciba) de ese período (del 26 de febrero de 2001 al 26 de febrero de 2002) deberán ser

liquidadas y satisfechas a la Mancomunidad.

–Las conclusiones anteriores deben complementarse con lo previsto en el artículo 15 de los estatutos. Aunque, como hemos visto, la efectividad de la separación queda condicionada por el artículo 15 de los estatutos al pago efectivo de las deudas liquidadas –lo que implicaría que, en tanto no se pagasen, el Ayuntamiento de Chandrexa seguiría siendo miembro de la Mancomunidad, y, por tanto, seguirían devengándose cuotas de servicios generales–, es cierto también que –como se dijo– no ha sido responsabilidad del Ayuntamiento de Chandrexa el que el expediente de separación (del que la liquidación forma, a mi juicio, parte inseparable, en tanto que operación vinculada a la separación en relación de causa-efecto, y no al revés, por lo que, en buena lógica, el acuerdo de separación debería, al menos, preceder al de liquidación, si no lo contuviese), no ha sido responsabilidad de Chandrexa, insisto, el que no se haya tramitado el expediente, y, por tanto, no se haya aprobado regularmente la liquidación, lo que ha imposibilitado el pago. El principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto impide, por este motivo, que se consideren devengadas las cuotas de servicios generales a partir del 27 de febrero de 2002 (ya que un año parece un tiempo más que suficiente para haber tramitado la separación), sin perjuicio de que, una vez aprobada ésta en legal forma, si se produjesen demoras en el pago, se pudiese producir el devengo de dichas cuotas en proporción al tiempo de demora. Esa demora, por el momento, no se ha producido (no se ha podido producir) y, por tanto, no podrá ser invocada, en la futura resolución de separación, como causa del mantenimiento del Ayuntamiento en la Mancomunidad (lo que sí se podrá hacer es prever que, a partir de la fecha en que se comunique tal resolución, la eventual demora determinará el retraso en la efectividad de la separación y, por tanto, el devengo de dichas obligaciones, si se produjera tal circunstancia).

–La liquidación practicada por la Mancomunidad, aprobada por el Acuerdo de 7 de mayo de 2001, debe reputarse nula de pleno derecho, por haberse adoptado omitiendo absolutamente el procedimiento establecido.

A estos efectos, y aun cuando pudiese entenderse que el acuerdo de la mancomunidad que aprobó dicha liquidación ha quedado firme por el transcurso del plazo de dos meses desde su notificación, hay que tener en cuenta que, de una parte, en la medida en que en la notificación del mismo se omitió toda referencia a posibles recursos, el plazo de caducidad para la interposición de un recurso contencioso-administrativo no ha transcurrido (lo que impediría la firmeza del acto; *vid.* artículo 58.3 de la LRJAP y PAC). De otra, aunque se rechazase lo anterior, dado que el vicio de legalidad apreciado acarrea la nulidad plena [por aplicación del

artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre], el Ayuntamiento de Chandrexa siempre podría instar su revisión de oficio, al amparo del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con lo que la firmeza del acto quedaría relativizada (en la medida en que, aunque hubiese precluido el plazo para impugnarlo directamente, subsiste la acción administrativa de revisión, contra cuya denegación se abriría nuevamente la vía jurisdiccional contenciosa).

En mi opinión, pues, debería revocarse la liquidación practicada –revocación posible en tanto no se trata de un acto que reconozca derechos imputables a terceros ajenos a la propia Mancomunidad (artículo 105 de la LRJAP y PAC), y deseable por evidentes razones de seguridad jurídica– y procederse, de modo inmediato, a su tramitación a través del procedimiento de modificación estatutaria.

Ello, obviamente, no prejuzga la corrección intrínseca del contenido de la liquidación controvertida, que analizaremos a continuación, como cuestión separada de los aspectos procedimentales que suscita la consulta objeto de este dictamen.

2.2. Contenido de la liquidación

La liquidación aprobada, como se señaló, se refiere a las deudas del Ayuntamiento de Chandrexa con la Mancomunidad a fecha 22 de marzo de 2001, cifrándose en un montante total de 48.417.112 ptas. (si bien, revisada dicha liquidación, creemos haber advertido un error aritmético de escasa cuantía, siendo la liquidación correcta de 48.416.772 ptas.) Esta cifra debe reducirse en cuanto a las cuotas de servicios generales a 22 de marzo de 2001, ya pagadas por el ayuntamiento de Chandrexa. En hoja adjunta se liquida la deuda con el organismo autónomo local Patronato Comarcal de Turismo Terras de Trives, cifrada en 13.200.000 ptas., la cual, a fecha de hoy, y según información verbal facilitada por la secretaria interventora de la Mancomunidad, también ha sido pagada.

Los aspectos controvertidos de la liquidación son, pues, los referidos al resto de conceptos, que podemos agrupar en dos conjuntos: por una parte, deudas por prestación de servicios específicos (maquinaria, SOGAMA, camión de basura, matadero, tienda del euro, cursos, aparejador y residencia); por otra, deudas que corresponden a la amortización de operaciones de crédito pendientes.

Debe señalarse que en la documentación remitida a este servicio de asistencia no se incluye la documentación de tipo económico que sirvió de base a la liquidación, sino exclusivamente ésta, es decir, su resultado final, resumida en los conceptos que se indicaron. Por esa razón, el presente dictamen no entra a valorar la cuantificación de dichas deudas, ante la insuficiencia

documental señalada, considerando válidos, a los efectos de este informe, los cálculos realizados. Igualmente, no se entra a valorar la realidad de los hechos determinantes, en su caso, de dichas deudas (por ejemplo, la prestación de los servicios correspondientes a las cuotas respectivas), dando por sentado que se produjeron, al no formularse consulta al respecto.

El objeto de nuestro análisis, pues, se ceñirá a la imputabilidad al municipio de Chandrexa de los conceptos recogidos en la liquidación, así como a la validez de los criterios de reparto señalados.

2.2.1. Deudas por servicios mancomunados no generales

En lo que respecta a la imputabilidad de dichas deudas, parece clara, lógicamente, presuponiendo la realidad de los hechos determinantes de dichas deudas y su cuantía. Partimos, en principio, de que no se trata de cuotas extraordinarias –como las previstas en el artículo 13.c) de los estatutos, que requieren ser ratificadas, caso por caso, por los ayuntamientos mancomunados– sino de aportaciones de los ayuntamientos al sostenimiento de los servicios mancomunados [concepto previsto en el artículo 13.b) de los estatutos]. Estas aportaciones se impondrán –según dicho artículo 13.b)– *“do xeito que regulamentariamente se determine”*. A falta de esta determinación reglamentaria, parece que debe ser el Pleno de la Mancomunidad, a través de las bases de ejecución del presupuesto de cada año –o, al menos, de las propias previsiones presupuestarias, cuyo rango normativo no se discute– el que establezca los criterios y modo de efectuarse dichas aportaciones (en la medida en que se trata de ingresos, su previsión en los presupuestos es obligada, bien en el presupuesto inicial, bien –a la vista de la marcha de la gestión presupuestaria, en una ulterior modificación presupuestaria; igualmente, hay que presuponer– a falta de documentación aclaratoria al respecto, la previsión presupuestaria de estos ingresos como aportaciones del Ayuntamiento de Chandrexa).

No obstante lo anterior, incluso en el supuesto de que todavía no se hubiese incorporado la previsión presupuestaria de estas aportaciones municipales –o de que la misma vaya a ser objeto de una próxima incorporación al presupuesto, una vez liquidados los costes de dichos servicios– el pago de dichos costes resulta obligado, en la medida en que se trata de prestaciones que han sido recibidas por el municipio de Chandrexa. El principio general de prohibición del enriquecimiento injusto, como no podía ser de otro modo, operando por debajo de los aspectos formales de la actividad administrativa, sirve, en este sentido, de pauta para resolver el conflicto suscitado.

En cuanto a los criterios de reparto de los costes de los servicios, ya se dijo que esos criterios deberían establecerse reglamentariamente, esto es, en las bases de

ejecución del presupuesto. En todo caso, los criterios de las deudas por SOGAMA y el uso del camión de basura son plenamente objetivos (en función de los días de recogida) y por ello difícilmente discutibles. Con respecto a la maquinaria, el criterio es el de la población, criterio que también resulta de una objetividad indiscutible (aun cuando no tiene por qué existir una correspondencia entre el número de habitantes y el uso de la maquinaria, sí suele existir correspondencia entre la población y la capacidad económica del Ayuntamiento respectivo). En el resto de supuestos, en cambio, el criterio de reparto es hacerlo a partes iguales, criterio que –de no poseer una motivación específica y estar reglamentariamente fijado, o adoptado en los acuerdos de la mancomunidad sobre creación u ordenación del servicio respectivo– podría resultar legalmente discutible, en la medida en que pueda entenderse como discriminatorio para los municipios de menor entidad. En todo caso, no existen argumentos para suponer que el criterio no haya sido justificadamente adoptado mediante acuerdo del órgano competente –el Pleno de la Mancomunidad– bien a través del presupuesto, o bien a través del acuerdo de creación u organización del servicio–, por lo que me limito a consignar las observaciones formuladas, a reserva de, en su caso, lo que pudiera resultar de un examen detallado de la documentación obrante en el expediente.

2.2.2. Deudas por operaciones de crédito pendientes de amortización

Más problemático resulta el apartado relativo a las operaciones de crédito concertadas por la Mancomunidad.

Según los datos aportados, dichas operaciones son las siguientes:

–Un contrato de préstamo, concertado con Caixa Ourense el 25 de abril de 1996, por importe de cincuenta millones de pesetas.

–Un crédito en cuenta corriente hasta cuarenta y cuatro millones de pesetas, concertado con Caixa Galicia el 29 de febrero de 2000, previéndose su vencimiento el 28 de febrero de 2001. En esa fecha, sin embargo, y según información verbal proporcionada por la secretaria interventora de la Mancomunidad, no fue posible cancelar la operación, por lo que fue refinanciada mediante su conversión en un crédito a largo plazo.

–Un crédito en cuenta corriente hasta 8.900.000 pesetas, concertado con Caixa Galicia el 7 de abril de 2000 con vencimiento a 30 de abril de 2003.

Nos encontramos, pues, con dos operaciones a largo plazo, y una operación a corto plazo que, al parecer, con posterioridad a la solicitud de separación de Chandrexa de Queixa, fue convertida en operación de crédito a largo plazo.

La situación es compleja. En un primer término, en lo que se refiere a las operaciones concertadas a largo

plazo desde un principio, nos encontramos con obligaciones de carácter plurianual de la mancomunidad. Esto significa que la relación contractual se traba, exclusivamente, entre la mancomunidad y la entidad de crédito, sin que los municipios sean parte en el contrato.

Evidentemente, esto no significa que los municipios no tengan obligaciones derivadas de esas operaciones de crédito. Lo que sucede es que esas obligaciones se circunscriben al orden interno de relaciones entre la mancomunidad y sus miembros, o, lo que es lo mismo, no surgen directamente de la operación de crédito, sino al amparo de la obligación general de los municipios de contribuir a las cargas generales de la mancomunidad. Esta obligación, como ya decíamos a propósito de las deudas por servicios, se concreta, anualmente, en los presupuestos aprobados por la mancomunidad, en los que se consignan los ingresos que deben aportar los ayuntamientos miembros en ese ejercicio.

Lo que se plantea aquí es si, ante una obligación plurianual, a medio o largo plazo, de la mancomunidad, y ante la eventual separación durante dicho plazo de uno de sus miembros, cabe sostener la pervivencia, para el miembro separado, de la obligación de contribuir al pago de dicha obligación (bien mediante su amortización anticipada, como parece desprenderse de la liquidación practicada, bien mediante su amortización diferida, mediante el pago de cuotas periódicas a la mancomunidad).

No existe solución normativa expresa a este supuesto, ni en la legislación de régimen local vigente, ni en los estatutos de la Mancomunidad de las Terras do Navea-Bibe (la referencia del artículo 15, párrafo 1.º, a la necesidad de liquidar las deudas entre municipio y mancomunidad no puede invocarse, ya que no resuelve la cuestión previa de existencia de una deuda del municipio para con la mancomunidad). La respuesta, por tanto, debe inferirse del análisis de la situación obligacional de los sujetos interesados.

En principio –y con carácter general– la respuesta al interrogante planteado debe ser negativa: la obligación plurianual de la Mancomunidad no equivale, sin más, a una obligación solidaria o parciaria de los municipios; tampoco se transmite, automáticamente, a éstos (téngase en cuenta que ni siquiera tiene por qué ser financiada con aportaciones de los ayuntamientos: teóricamente, podrían destinarse a ella ingresos propios de la Mancomunidad, como tasas o –en el caso de que el crédito financiase inversiones– rendimientos de Derecho privado). Es la Mancomunidad la que contrae una obligación plurianual, y los ayuntamientos, sencillamente, tienen una obligación genérica de contribuir a los gastos de la Mancomunidad, obligación genérica al amparo de la que surgen obligaciones concretas, nacidas con la entrada en vigor de los presupuestos de la Man-

comunidad, año a año (o a través de acuerdos específicos –por ejemplo, un convenio *ad hoc* entre la mancomunidad y los ayuntamientos– que no consta que se produjesen en el caso concreto que nos ocupa). Al cesar el municipio en su condición de miembro de la mancomunidad, no se produce un supuesto de sucesión (salvo que expresamente se pueda estipular lo contrario para determinadas relaciones jurídicas) y cesa la obligación de contribuir a las cargas de la Mancomunidad, con lo que falta el supuesto previo para, en lo sucesivo, imponer aportaciones anuales vía presupuesto.

Es significativo, a este respecto, que la única referencia encontrada en el Derecho local español a las operaciones de crédito a largo plazo de las mancomunidades (contenida en el artículo 84 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón) prevea la posibilidad de que las operaciones de crédito concertadas por una mancomunidad sean avaladas “por los municipios que la integren, cuando el patrimonio propio de la mancomunidad o sus recursos ordinarios no sean suficientes para garantizar dicha operación”. Añade la ley aragonesa que “en estos casos, a efectos de la autorización del endeudamiento” (se entiende que cuando proceda conforma a la Ley de haciendas locales) “se computarán como recursos ordinarios y carga financiera el conjunto de aquellos y ésta en los municipios avalistas”.

Evidentemente, la legislación aragonesa no es aplicable –ni siquiera supletoriamente– a las mancomunidades gallegas. Sin embargo, esta norma resulta ilustrativa de la interpretación que aquí sostenemos, y por ello se invoca, a efectos interpretativos, en la medida en que el artículo 84 de la ley aragonesa no regula, propiamente, las operaciones de crédito de las mancomunidades (que tienen el mismo régimen jurídico que en Galicia) sino sólo la posibilidad de su aval por los municipios, partiendo de una consecuencia jurídica inherente a ese régimen común a las operaciones financieras de las entidades locales, que no es otra que la que aquí se defiende: si la ley aragonesa prevé la posibilidad de que las obligaciones de la mancomunidad sean avaladas por los municipios, es porque, en sí mismas, son obligaciones imputables en exclusiva a la mancomunidad. Es por ello lógico que, a la hora de analizar el riesgo de la operación, en caso de ser avalada, la legislación aragonesa exija computar la carga financiera y los recursos del avalista, solidariamente avalado con el acreditado o prestatario. *A contrario sensu*, al no ser el municipio ni prestatario acreditado ni avalista, no resulta obligado frente a la entidad de crédito, y no siendo parte en la operación, no se tiene en cuenta ni sus recursos ni su carga financiera para evaluar el riesgo de la operación.

En resumen: el Ayuntamiento de Chandrexa no se obligó de forma plurianual con la entidad de crédito: lo hizo la Mancomunidad, afectando sus propios ingresos –aunque procedentes de los municipios–. La posible

deuda del Ayuntamiento de Chandrexa, por tanto, sólo surge en razón de su vinculación a la Mancomunidad, como miembro de la misma, y tal obligación interna sólo puede dimanar, o de un acuerdo específico entre la mancomunidad y el ayuntamiento (que no nos consta), o del presupuesto mancomunado, vinculante para los ayuntamientos, pero de vigencia anual. No existiendo obligación, lógicamente, no puede existir deuda.

Esta primera conclusión general arrojaría el resultado de que, no adeudando todavía el Ayuntamiento de Chandrexa las cuotas pendientes de capital e intereses, correspondientes a anualidades futuras, de las operaciones de crédito vivas de la mancomunidad, no pueden imputársele esas cuotas futuras como deuda actual con la mancomunidad. Tampoco, desde el momento en que deje de ser miembro de la mancomunidad, podrán imponérsele aportaciones, como es lógico.

Sin embargo, esta regla general no es suficiente, por sí sola, para explicar el complejo fenómeno producido, y adolece de un excesivo formalismo que se antoja insatisfactorio. A lo largo de este dictamen se ha invocado ya, en varias ocasiones, el principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto. No resulta posible obviar, en este sentido, la realidad económica material de las mancomunidades, cuya personalidad jurídica no siempre se corresponde con una sustantividad propia, material, económica y administrativamente equivalente, y que con frecuencia no es más que una pantalla tras la que se oculta la simple suma de los esfuerzos de los municipios integrantes. Quiero con esto decir que en la práctica es frecuente que las mancomunidades operen, más que como verdaderas administraciones públicas formalmente independientes, como meros intermediarios entre los ayuntamientos, de una parte, y las terceras personas con que estos entran en relación (por ejemplo, concesionarios, proveedores, etcétera), de otra. No quiero con esto afirmar que el dato de la personalidad jurídica propia de la Mancomunidad deba ser apartado, como un simple formalismo carente de contenido, ya que, evidentemente, no lo es. Se trata, simplemente, de llamar la atención sobre el hecho de que las circunstancias en que opera la Mancomunidad invitan a modular, caso por caso, atendiendo a las peculiares relaciones que concurran, las consecuencias jurídicas que la personificación de la mancomunidad, abstractamente considerada, pudiera tener.

En el caso de las operaciones de crédito, existen circunstancias que pueden llevar a modificar esa interpretación general que hemos obtenido líneas atrás. En este

sentido, cobra especial importancia el destino que se haya dado al dinero obtenido a préstamo. No se nos ha informado acerca de cuál ha sido el destino de dichos ingresos, por lo que en este ámbito sólo cabe hacer conjeturas. Un primer supuesto –que no cabe descartar, aunque el destino ordinario de las operaciones de crédito sea la financiación de inversiones– es el de que esos ingresos se hayan dedicado, al menos en parte, a atender gastos corrientes ya consumados en el momento de la liquidación. En este caso –y para la parte destinada a dichos gastos– la obligación del Ayuntamiento de Chandrexa de contribuir hasta la total cancelación de la deuda de la Mancomunidad es clara, y lo es porque el Ayuntamiento de Chandrexa se vio beneficiado por ese gasto corriente financiado por una operación de crédito. El principio de enriquecimiento injusto desplegaría aquí toda su fuerza, ya que el endeudamiento de la Mancomunidad no se habría visto compensado por un incremento de su patrimonio, al consumirse el ingreso en un gasto corriente del que el ayuntamiento –en la proporción que le corresponda– fue beneficiario. El resultado sería un correlativo enriquecimiento del Ayuntamiento de Chandrexa, evidentemente injusto e inadmisibles en nuestro ordenamiento. La consumación del gasto corriente operaría aquí como causa de la obligación de restituir dicho gasto, esto es, a la cancelación total de la deuda, que, por así decirlo, ya existía, aunque se distribuía anualmente en las aportaciones previstas en cada presupuesto. Eso sí, por la misma razón invocada (la prohibición de enriquecimiento injusto) entiendo que en ningún caso podría obligarse a Chandrexa a amortizar de modo anticipado la deuda que le corresponda, pues ello beneficiaría injustamente a la mancomunidad (y a los demás ayuntamientos mancomunados) al reducirse la base para el cálculo de intereses en cada revisión anual. De persistir la obligación, pues, persistiría del modo en que fue concebida originalmente, esto es: mediante la aportación periódica de las cuotas correspondientes.

Distinto sería el caso de que los ingresos de préstamos se hubiesen dedicado a inversiones. En este supuesto, la mancomunidad habría adquirido un patrimonio propio, cuya utilidad no se agota en su adquisición sino que persiste en el tiempo, en principio de forma indefinida.¹ A diferencia de lo que ocurría con los gastos corrientes, aquí el ayuntamiento que se separa pierde esa utilidad (si, en un futuro, quisiese utilizar los bienes de que se trate, deberá pagar por ello como cualquier otro tercero, y ello siempre y cuando se le autorice tal uso, al que en principio no tendrá derecho), utili-

1. Una posible excepción sería la del supuesto en que la inversión sea de tal naturaleza que no pudiese producir ninguna utilidad a la Mancomunidad tras la separación: por ejemplo, si la inversión hubiese sido destinada a la creación de bienes de dominio y uso público –una calle, una carretera– sitios

en el término de Chandrexa. En este caso –que no consta que se produzca– parece obvio que lo que se produciría es una sucesión en la titularidad del bien, que pasaría a Chandrexa, y determinaría su subrogación en el préstamo correspondiente.

dad que es absorbida por la mancomunidad, cuyo patrimonio (e, indirectamente, el del resto de los ayuntamientos mancomunados) se incrementa, aumentando, claro está, también, en la misma proporción, sus aportaciones. El Ayuntamiento de Chandrexa ni siquiera conservaría un derecho económico correspondiente a la parte que pagó durante su permanencia en la Mancomunidad, teóricamente ejercitable en una hipotética (e incierta) disolución futura de la Mancomunidad. La separación no es, en modo alguno, una suerte de “disolución parcial” de la Mancomunidad, con reparto aplazado de patrimonio. La separación implica romper el vínculo con ese patrimonio común, y la renuncia a los derechos –tanto como la exoneración de obligaciones– derivados, exclusivamente, de la condición de miembro. En cualquier asociación o sociedad, el miembro o socio que abandone durante la vida de la sociedad dicha organización, no podrá luego, a la hora de la disolución, reaparecer –a la manera del río Guadiana– como acreedor a una parte del patrimonio social del que, al separarse, se desentendió a todos los efectos. Dicho en términos más contundentes: la renuncia a ser miembro de la Mancomunidad (salvo la posibilidad de pactos lícitos en contrario) no admite, como regla general, matices, condiciones ni reservas: si se abandona la mancomunidad, se abandona a todos los efectos, renunciándose –implícitamente y de modo necesario– a cualquier derecho vinculado a la condición de miembro de la mancomunidad.

Centrándonos ahora en la operación de crédito a corto plazo, en principio, y dada su duración inicial, es de suponer que el presupuesto anual previó las aportaciones municipales necesarias para su amortización. En este supuesto, el Ayuntamiento de Chandrexa adeudaría la cantidad correspondiente. Ciertamente, cabría argumentar que la refinanciación del crédito mediante su conversión en deuda a largo plazo, al parecer, operada con posterioridad a la declaración de Chandrexa de su voluntad de separación y a su baja en los servicios mancomunados, podría afectar a esta situación, en la medida en que Chandrexa sigue siendo miembro de la Mancomunidad, cuando menos, con efectos hasta el 27 de febrero de 2002 (tal y como razonábamos en la consideración jurídica 1.^a). Ello, sin embargo, no parece que tenga por qué ser así, por las razones que se exponen a continuación:

–En primer lugar, porque la refinanciación es una operación realizada, al igual que la operación de crédito, exclusivamente entre la mancomunidad y la entidad de crédito. De la misma manera que razonábamos la imposibilidad de trasladar automáticamente el carácter plurianual de una obligación del ente intermunicipal a los ayuntamientos, habría que predicar ahora la misma imposibilidad con respecto a la operación de refinanciación. Lo que quiero decir es que las condiciones

impuestas para la amortización de una deuda a la Mancomunidad no tienen por qué trasladarse, sin más, al régimen de aportaciones de sus miembros (aunque lo normal es que así sea). Un préstamo a la Mancomunidad no tiene por qué ser devuelto con cargo a aportaciones municipales (la mancomunidad podría tener otros ingresos, incluso los posibles rendimientos económicos de la inversión financiada); del mismo modo, aun en el caso de que se devuelva con cargo a esas aportaciones, estas no tienen por qué ajustarse exactamente al ritmo de amortización de la operación pactada (cabría, por ejemplo, exigir una aportación mayor, bien para realizar una amortización anticipada, bien para capitalizar la Mancomunidad, posibilitando inversiones intermedias con cargo a dichas aportaciones). En el caso que nos ocupa, es evidente que la Mancomunidad, al acordar la refinanciación, conocía ya la voluntad secesionista del Ayuntamiento de Chandrexa, dato sobre la base del cual puede, evidentemente, sostenerse la razonabilidad de exigir a ese miembro que proyecta separarse liquidar su deuda en el estado en que se encontraba, y ello debido a que su situación como miembro de la Mancomunidad es ya meramente transitoria y, por tanto, puede –y quizá debe también– ser tenida en cuenta a la hora de planificar y gestionar la mancomunidad con vistas al futuro. No parece precisamente justo –ni conforme a los principios de buena administración– que los órganos de la Mancomunidad deban estar obligados a extender a quien decide abandonar, a corto plazo, dicha organización, los beneficios que sobre el régimen futuro de las aportaciones municipales pueda suponer el esfuerzo gestor que lleva a obtener dicha refinanciación; en este caso, suponemos que la obligación de Chandrexa de aportar la cantidad íntegra precisa para la cancelación ya existía antes de la refinanciación, y que el Ayuntamiento decidió separarse siendo consciente de dicha deuda; ninguna obligación tendría la mancomunidad de eximirle de esa deuda, resultado al que, en principio, conduciría la disolución de dicha deuda en el deber general de contribuir a las cargas comunes mediante cuotas periódicas, ya que ese deber general –base de la obligación futura de contribuir– es inherente a la condición de miembro de la Mancomunidad, y desaparece al perderse ésta. Ello no quiere decir que el beneficio obtenido con la refinanciación no sea extensible a Chandrexa, que todavía es miembro de la Mancomunidad, pero lo será en los mismos términos que para los demás, esto es: traducido a la división en aportaciones periódicas de una deuda que, en su integridad, ya existía (circunstancia ésta que, en cambio, no concurría en las operaciones de crédito a largo plazo, donde los ayuntamientos no adeudaban la cuota íntegra, al no haberse previsto tal aportación).

–Al margen de lo anterior, si el destino de la operación de tesorería fue alimentar gastos corrientes, la solución debe ser, claramente, la de la obligación del Ayun-

tamiento de Chandrexa de pagar su parte íntegra (aunque sea en cuotas periódicas), por los razonamientos ya esgrimidos al hablar de las operaciones de crédito a largo plazo.

2.3. Posibilidad de disolución de la Mancomunidad

El análisis efectuado no agota, ciertamente, la problemática de la situación planteada. Y es que no resulta aventurado conjeturar que la separación del Ayuntamiento de Chandrexa de Queixa pueda ocasionar –a la vista de las obligaciones plurianuales contraídas por la Mancomunidad, que, como vimos, podrían no alcanzar, total o parcialmente, al ayuntamiento separado una vez consume dicha separación– una grave situación de quebranto económico al ente intermunicipal, que –privado del esfuerzo de uno de sus miembros– pueda imposibilitarle el hacer frente a dichas obligaciones. Sin embargo, ello no es argumento para sostener una interpretación contraria a la aquí defendida. En realidad, y para estos supuestos, el Derecho local ha previsto un mecanismo alternativo, como es la disolución de la Mancomunidad.

En efecto, el artículo 18 de los estatutos de la Mancomunidad establece, entre las causas de disolución de la entidad, la insuficiencia de recursos para llevar a cabo los fines previstos en la constitución de la Mancomunidad [artículo 18.b)]. Si la separación de Chandrexa produce esa insuficiencia financiera, la solución que el ordenamiento prevé no es la imposición a Chandrexa de una obligación material de seguir vinculado económicamente a la Mancomunidad hasta que esta salde sus deudas –algo que no consideramos correcto– sino, pura y simplemente, la disolución de la Mancomunidad. A través de este mecanismo, se produce un fenómeno de sucesión, en virtud del cual la obligación plurianual de la Mancomunidad se transmite a los ayuntamientos (que serían, por así decirlo, sus herederos) al desaparecer aquélla. De ese modo, se consigue el reparto probablemente más justo de los costes de un proyecto institucional que –por las razones que sean, irrelevantes para los efectos de este informe– no ha tenido el éxito deseado. Por otra parte, los ayuntamientos sucesores de la Mancomunidad no se verían obligados a amortizar anticipadamente los créditos pendientes, ya que se subrogarían en la posición de aquella, beneficiándose de su régimen de pagos aplazados. La disolución, por otra parte, no impide que los ayuntamientos interesados puedan constituir, si lo desean, una nueva mancomunidad.

En todo caso, no siendo el objeto de este informe dictaminar sobre esta hipotética disolución, me limito a apuntar la existencia de esta alternativa, y a recomendar su consideración detenida por parte de los órganos gestores de la Mancomunidad.

3. Conclusiones

Dada la complejidad y extensión del presente dictamen y a los efectos de lograr la mayor claridad posible en este delicado asunto, se exponen a continuación las conclusiones obtenidas:

1.º) Desde el punto de vista procedimental, la separación del Ayuntamiento de Chandrexa debe acordarse a través del correspondiente procedimiento de modificación estatutaria. En cuanto a la liquidación, se considera que se halla vinculada de tal modo a la separación que no cabe aislarla de su contenido (a lo sumo, el acuerdo de separación podría limitarse a establecer las bases y criterios conforme a los que pudiese concretarse dicha liquidación en un momento posterior).

De acuerdo con lo anterior, el Ayuntamiento de Chandrexa continúa, a día de hoy, perteneciendo a la Mancomunidad, al no haberse tramitado el expediente. Sin perjuicio de ello, y dado que comunicó su voluntad de separarse el 26 de febrero de 2002, y que no se le puede considerar responsable de la falta de tramitación del expediente de separación, el futuro acuerdo de separación podría referir sus efectos al 27 de febrero de 2002, sin perjuicio de la suspensión de sus efectos hasta tanto no se abonen las deudas pendientes, conforme al artículo 15, párrafo 1.º de los estatutos de la Mancomunidad.

La liquidación aprobada el 7 de mayo de 2001 debe reputarse nula de pleno derecho, en tanto que acto finalizador del expediente de separación, por motivos de forma, al tratarse de un contenido propio del acuerdo de separación, que no ha seguido la tramitación establecida, careciendo, además, de su presupuesto previo, como es el acuerdo de separación.

2.º) En lo que se refiere al contenido de la liquidación, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

–Las cuotas de servicios generales continuarán devengándose hasta que sea efectivo el acuerdo de separación.

–Las deudas por servicios no generales prestados parecen correctas, presuponiendo la realidad de su previsión presupuestaria y de los hechos determinantes de su producción (esto es, la prestación de los servicios). En lo que respecta a los criterios de reparto, debe justificarse el porqué de su elección en cada caso, así como el procedimiento seguido para su fijación.

–Las deudas por operaciones de crédito a largo plazo pendientes, correspondientes a futuras cuotas de amortización, sólo podrían imputarse (a falta de pacto específico en contrario) en el caso de que dichos préstamos financiasen gastos corrientes ya consumados o, al menos, comprometidos. En caso contrario, si han financiado gastos de capital, no cabría imputar a Chandrexa esas cuotas futuras (si bien Chandrexa perdería todo derecho sobre el patrimonio así formado), salvo la

excepción señalada en nota al pie número 1 del presente informe.

–Las deudas por operaciones de crédito a corto plazo –transformadas en deuda a largo plazo con posterioridad al acuerdo de separación unilateral de Chandrexa– sí cabe imputarlas al Ayuntamiento secesionista, presumiendo que la aportación municipal correspondiente a su cancelación completa ya estaba prevista en el presupuesto de la Mancomunidad, y, en todo caso, si fue destinada a la financiación de gasto corriente.

3.º) En el supuesto de que se estimase que la separación puede determinar la imposibilidad de sostener económicamente a la Mancomunidad, debería procederse a su disolución, conforme al artículo 18 de los estatutos, sucediendo la totalidad de los ayuntamientos al ente intermunicipal en todas sus deudas y relaciones jurídicas. ■

Acceso a la documentación de la Diputación Provincial de Huesca, obrante en depósito en el Archivo Histórico Provincial, relativa a expedientes de filiación y expósitos

Antonio Serrano Pascual
Secretario de la Diputación de Huesca

1. Antecedentes de hecho

Con fecha 26 del pasado mes de febrero, tuvo entrada en esta corporación un escrito de la directora del Archivo Histórico Provincial, indicando que el 14 de mayo de 1993 la Asesoría Jurídica de esta Diputación emitió, a petición de dicho Archivo, un informe sobre el acceso a los documentos relativos a filiación y expósitos, producidos por la Diputación Provincial de Huesca –y que conserva en depósito dicho Archivo Histórico, según la oportuna acta de 6 de febrero de 1992–, cuyos criterios se han aplicado hasta la actualidad.

La interesada considera, sin embargo, que parece necesario que se revisen los indicados criterios de acceso y que se determinen los requisitos para su consulta y los plazos de reserva para los mismos, a la vista del tiempo transcurrido y de la experiencia práctica adquirida, ya que, según refiere, los órganos judiciales a los que se pide autorización, la conceden siempre al titular de un expediente, “sin examinar previamente la documentación ni considerar por tanto la posible existencia de datos de terceras personas más dignas de protección; por otra parte los ciudadanos afectados encuentran cierta dificultad para conocer a qué órgano judicial

deben dirigirse y se observa que algunos juzgados se inhiben y que las autorizaciones vienen otorgadas unas veces por el juzgado decano, otras por el de guardia, sin un criterio fijo”.

Legislación aplicable:

–Constitución española, de 1978.

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

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

–Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español.

–Ley 6/1986, de 28 de noviembre, de archivos de Aragón.

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

–Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, y Reglamento del Registro Civil, de 14 de noviembre de 1958, modificado por el Real decreto 1917/1986, de 29 de agosto.

2. Fundamentos de derecho

Primero. Según se desprende del artículo 105.b) de la Constitución española, la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

Segundo. La legislación estatal de régimen local aplicable a la cuestión objeto de análisis está constituida, especialmente, por la LRL –legislación estatal básica–, cuyo artículo 70.3 dispone que todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de las corporaciones locales y sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del artículo 105, letra b), de la Constitución, añadiendo este precepto que la denegación o limitación de este derecho, en todo cuanto afecta a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas, deberá verificarse mediante resolución motivada. Su desarrollo reglamentario lo encontramos en el artículo 207 del ROF, norma estatal de mero carácter supletorio, que reitera lo reflejado en el citado artículo 70.3 de la LRL.

Tercero. Entre la legislación estatal de carácter general que desarrolla el citado artículo 105.b) de la CE, debe tenerse en cuenta, especialmente, a los efectos que aquí interesan, la siguiente:

–La LPAC, cuyo artículo 35, cuando reconoce los derechos de los ciudadanos, incluye en el apartado h) el acceso a los registros y archivos de las administraciones públicas en los términos previstos en la Constitución y

en la propia LPAC u otras leyes, desarrollando esta materia en el artículo 37, del que se desprende que el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas –apartado 2– estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificados o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno, pudiendo ser denegado –apartado 4– cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una ley, debiendo, en estos casos, dictar resolución motivada el órgano competente.

Se rigen por sus disposiciones específicas –apartado 6 del citado artículo 37 de la LPAC–, entre otros, el Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes, y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una ley –letra e)–, así como la consulta de fondos documentales existentes en los archivos históricos –letra g)–.

–El Reglamento del Registro Civil, de 14 de noviembre de 1958. Por su interés, reproducimos el contenido de los artículos 21 y 22, modificados por el Real decreto 1917/1986, de 29 de agosto, que disponen lo siguiente:

Artículo 21.

“No se dará publicidad sin autorización especial:

“1. De la filiación adoptiva, no matrimonial o desconocida o de circunstancias que descubran tal carácter, de la fecha del matrimonio que conste en el folio de nacimiento, si aquél fuese posterior a éste o se hubiese celebrado en los ciento ochenta días anteriores al alumbramiento, y del cambio del apellido Expósito u otros análogos o inconvenientes.

[...]

“4. De los documentos archivados, en cuanto a los extremos citados en los números anteriores o a circunstancias deshonorosas o que estén incorporados en expediente que tenga carácter reservado.

“La autorización se concederá por el juez encargado y sólo a quienes justifiquen interés legítimo y razón fundada para pedirla. La certificación expresará el nombre del solicitante, los solos efectos para que se libra y la autorización expresa del encargado. Éste, en el registro directamente a su cargo, expedirá por sí mismo la certificación.”

Artículo 22.

“No obstante, no requieren autorización especial para obtener certificación:

“1. Respecto de los extremos a que se refiere el número primero del artículo anterior, el propio inscrito o sus ascendientes, descendientes o herederos. Respecto de la adopción plena, el adoptante o el adoptado mayor de edad, y respecto de la simple, además, los herederos,

ascendientes y descendientes de uno y otro.

[...]

“4. Respecto de los documentos archivados, las personas antes referidas en los distintos supuestos, y cuando se trate de resolución notificada, el destinatario de la notificación.

“Tampoco requieren autorización los que tienen bajo su guarda las personas antes referidas y los apoderados especialmente por aquéllos o éstas. Aunque el apoderamiento escrito o la guarda no consten fehacientemente, el encargado discrecionalmente podrá estimarlos acreditados.”

–La Ley de patrimonio histórico español, a su vez, concreta que forman parte del patrimonio documental, entre otros –artículo 49.2–, los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos, en lo relacionado con la gestión de dichos servicios, formando parte del patrimonio histórico del Estado –artículo 1– el patrimonio documental que tenga carácter artístico, histórico o antropológico.

–El artículo 58 de la LPHE contempla que el estudio y dictamen de las cuestiones relativas a la calificación y utilización de los documentos de la Administración del Estado y del sector público estatal, así como su integración en los archivos y el régimen de acceso e inutilidad administrativa de tales documentos corresponderá a una comisión superior calificadora de documentos administrativos, cuya composición, funcionamiento y competencias específicas se establecerán por vía reglamentaria. Asimismo, podrán constituirse comisiones calificadoras en los organismos públicos que así se determine.

A su vez, el artículo 57 de la LPHE establece que la consulta de los documentos constitutivos del patrimonio documental español a que se refiere el artículo 49.2 se atenderá a las siguientes reglas:

“a. Con carácter general, tales documentos concluida su tramitación y depositados y registrados en los archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho público, conforme a las normas que se establezcan por vía reglamentaria, serán de libre consulta a no ser que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de secretos oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la ley, o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o la averiguación de los delitos.

“b. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cabrá solicitar autorización administrativa para tener acceso a los documentos excluidos de consulta pública.

Dicha autorización podrá ser concedida, en los casos de documentos secretos o reservados, por la autoridad que hizo la respectiva declaración, y en los demás casos, por el jefe del departamento encargado de su custodia.

“c. Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos.”

El apartado 2 de este mismo precepto señala que reglamentariamente se establecerán las condiciones para la realización de la consulta de los documentos a que se refiere este artículo, así como para la obtención de reproducciones de los mismos.

Cuarto. La legislación autonómica aragonesa de régimen local cuenta para el problema que nos ocupa con el artículo 153 de la LALA, que versa sobre las relaciones de las entidades locales con los ciudadanos, precisando su apartado 1, letra g), que todos los ciudadanos tienen derecho acceder a los registros y archivos en los términos previstos en la Ley de procedimiento administrativo común, y que la denegación o limitación de este acceso deberá verificarse mediante resolución motivada.

El Estatuto de autonomía de Aragón atribuye a la comunidad autónoma la competencia exclusiva en materia de archivos, siempre que éstos no sean de titularidad estatal (artículo 35.1.32).

Según el artículo 1.2 de la Ley de 6/1986, de 28 de noviembre, de archivos de Aragón, el patrimonio documental aragonés es parte del patrimonio documental español y está constituido por todos los documentos que, de cualquier época, reunidos o no en archivos, constituyen testimonio de funciones y actividades sociales del hombre y de los grupos humanos, procedentes de las instituciones o personas, ubicados en Aragón, concretando el carácter de los archivos públicos en el artículo 3.

El artículo 4 de esta ley de archivos aragonesa dispone que una vez expirado el período de utilización administrativa en las instituciones, entidades, servicios u organismos comprendidos en el artículo 3.1 que los hayan producido o recibido, los documentos serán objeto de una selección o expurgo a fin de eliminar aquellos que no posean interés administrativo o histórico. Los criterios para la determinación de qué documentos tendrán tal consideración se establecerán reglamentariamente en coordinación con la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos a que alude el artículo 58 de la Ley del patrimonio histórico español, sin que se

puedan destruir dichos documentos en tanto subsista su valor probatorio de derechos y obligaciones de las personas o entes públicos.

El derecho de acceso a la información contenida en los archivos se recoge en el artículo 27, en los siguientes términos:

“1. Todos los ciudadanos tiene derecho a la consulta libre y gratuita de los archivos y documentos constitutivos del patrimonio documental de Aragón y a la información en ellos contenida, siempre que éstos cumplan las condiciones para la consulta pública que se exigen en la presente ley, sin que ello suponga riesgo para la seguridad de los documentos y de acuerdo, en todo caso, con las precisiones que reglamentariamente se establezcan.

“2. La consulta y difusión con fines de estudio o investigación es condición inherente a los documentos regulados por esta ley, siempre que éstos cumplan las condiciones que para hacer posible la consulta pública establece la legislación vigente.

“3. La consulta pública de los documentos declarados históricos o de los integrados en el Sistema de Archivos de Aragón no afectará a los demás derechos inherentes a la propiedad o posesión de los mismos.

“4. En orden a la difusión de los documentos integrantes del Sistema de Archivos de Aragón y al apoyo de su investigación, el Departamento de Cultura y Educación, oída la Comisión Asesora de Archivos, establecerá los planes de edición de instrumentos de descripción y de fuentes documentales conservados en los archivos de uso público, sin perjuicio de la colaboración exigible a las instituciones, entidades y corporaciones de carácter público y a las personas privadas.”

Como puede apreciarse, la legislación autonómica no desvirtúa lo previsto en la legislación estatal, a la que nos hemos referido anteriormente.

Quinto. Como no se le escapará a nadie, se produce un claro conflicto de intereses en la cuestión cuya problemática abordamos en este informe, es decir, entre el derecho al conocimiento de los orígenes de la persona, y el de la madre a permanecer en el anonimato, así como de terceros entre los que se incluyen los de la familia adoptiva y la biológica, que se traduce en una colisión de derechos fundamentales de la persona, recogidos en tratados internacionales, como sucede, entre otros, con el Convenio para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, el Convenio de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989,

En el plano del Derecho nacional español de fuente interna, nuestro texto constitucional se refiere al derecho al honor y a la intimidad personal y familiar –artículo 18.1–, pero también a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes y al libre

desarrollo de la personalidad –artículo 10–; a la prohibición de discriminación por razón de nacimiento –artículo 14–; a la integridad física –artículo 15–, y a la protección y asistencia a los hijos –artículo 39.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 13 de febrero de 2003, ha abordado esta problemática, referida a la legislación francesa, señalando que existe un cierto margen de apreciación de los estados en lo relativo al establecimiento de las distintas maneras de asegurar el respeto de la vida privada, para conciliar el conflicto de intereses a que hemos aludido, llegando en el caso concreto a reconocer la posibilidad de acceder a información no identificativa sobre su madre y familia biológica, y de solicitar la reversibilidad del secreto con el consentimiento de la madre.

Frente a la admisión del parto anónimo, que está presente en algunas legislaciones nacionales europeas en mayor o menor medida, como sucede en Italia, Francia –con la reciente Ley de 22 de enero de 2002– o Luxemburgo, en otras, en cambio, la maternidad queda determinada directamente, caso de Alemania, Austria, Suiza...

En el caso español, ya hemos podido apreciar *ex artículo 22* del Reglamento de Registro Civil, tras la modificación de 1986, que a las inscripciones existentes en los registros civiles pueden acceder y obtener certificación, sin autorización especial, además del propio inscrito, sus ascendientes, descendientes o herederos, el adoptante o el adoptado mayor de edad –respecto de la adopción plena– y, además, los herederos o ascendientes y descendientes de uno y otro –en la adopción simple–. Tampoco requieren autorización los que tienen bajo su guarda las personas antes referidas y los apoderados especialmente por aquéllos o éstas.

Sexta. Sobre la base de las premisas anteriores, el acceso a la información y obtención de certificaciones de la documentación existente producida por la Diputación Provincial de Huesca, obrante en el archivo de la citada corporación, o, en el Archivo Histórico Provincial de Huesca, entregada a éste en depósito, que contenga datos referidos a las antiguas residencias provinciales de niños y niñas, con registros y expedientes en los que se documenten la estancia de expósitos, acogidos y huérfanos, así como los procedimientos de adopción y prohijamiento de los residentes, debe contemplarse con la perspectiva ofrecida por el artículo 37.2 de la LPAC, y con las previsiones contenidas en los artículos 21 y 22 del Reglamento del Registro Civil.

En este sentido, los datos referentes a la intimidad de las personas han de estar reservados a éstas, pero pueden acceder a ellos, sin autorización especial –en las materias referidas a la filiación adoptiva, no matrimonial o desconocida o de las circunstancias que descubran tal carácter, junto con el propio inscrito–, las personas que se contemplan en el ya mencionado artículo 22 del

Reglamento del Registro Civil, y sólo respecto de su inscripción.

En suma, no se precisaría contar con el consentimiento a que alude el artículo 57.c) de la LPHE, en los supuestos tasados recogidos en el artículo 22 del Reglamento del Registro Civil, mientras que, por el contrario, fuera de dichos supuestos tasados, sí que sería exigible el consentimiento expreso de los afectados, o, en su caso, de la oportuna autorización judicial.

Sin embargo, cuando se trata de estos documentos –y a pesar de contener datos personales– si han transcurrido los plazos que también recoge el citado artículo 57 de la LPHE, es decir, veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos, el acceso sería público, aunque con los criterios y pautas que se siguen para acceder actualmente a la información contenida en los archivos.

Séptima. En las peticiones que se formulen habrá de seguirse lo previsto en la legislación de procedimiento administrativo, especialmente en la acreditación fehaciente de la identidad del solicitante, para deducir de ella si se requiere o no el consentimiento de los afectados, cuando procede por encontrarse dentro de los plazos ya indicados del artículo 57 de la LPHE.

Asimismo, de conformidad con lo previsto en los artículos 43, 58 y 59 de la LPAC, se habrá de tener en cuenta el plazo máximo para resolver y notificar, tres meses, y los efectos positivos en el caso de no resolución expresa, debiendo motivar suficientemente cualquier denegación de la información solicitada.

3. Conclusiones

Primera. El tiempo transcurrido desde la emisión del informe de la Asesoría Jurídica de esta Diputación Provincial, de 14 de mayo de 1993, sobre el acceso a los documentos relativos a filiación y expósitos, producidos por la Diputación Provincial de Huesca, obrantes en concepto de depósito, en el Archivo Histórico Provincial de Huesca, hace preciso, sobre la base de los razonamientos precedentes, que se implanten nuevos criterios aplicables igualmente a la documentación similar obrante en el Archivo de esta corporación provincial.

Segunda. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.c) de la LPHE, al tratarse de documentos que afectan a la intimidad de la vida privada y familiar y a la propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados, o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos.

Tercera. Se ha de eximir, no obstante, del consentimiento de los afectados, en los supuestos a que alude el

artículo 22 del Reglamento del Registro Civil, en línea con los derechos constitucionales contemplados en el artículo 10; 14; 15 y 39 de la Constitución española, los tratados internacionales aplicables, y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, contenida en la Sentencia de 13 de febrero de 2003.

Cuarta. Tanto la denegación de este derecho, que habrá de ser motivada, como la acreditación de las circunstancias habilitantes para acceder a él, deben efectuarse de acuerdo con lo previsto en la LPAC. ■

Responsabilidades derivadas del artículo 42 del Estatuto de los trabajadores de las entidades locales cuando actúan como empresario principal en la contratación o subcontratación de obras o servicios

Conxa Antón Francos
Roser Blasco Vivas
*Técnicas superiores en Derecho
del Servicio de Asistencia Local en Recursos Humanos
de la Diputación de Barcelona*

1. Introducción: normativa legal de aplicación

—Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores (ET).

—Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo por el incremento de la ocupación y la mejora de su calidad, que modifica el artículo 42 del Estatuto de los trabajadores.

—Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), artículo 127.1.

—Real decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de procedimiento laboral, artículo 163.1.

—Real decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de recaudación de recursos del sistema de la Seguridad Social, artículos 10.3 y 12.

—Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), artículo 24.3.

—Real decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba el Texto refundido sobre infracciones y sanciones en el orden social, artículo 42.3.

—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).

La base legal de la responsabilidad laboral en el ámbito de los contratos y subcontratos viene establecida con carácter general por el artículo 42 del ET, que regula los supuestos en que un empresario, entendido en sentido amplio como persona que da ocupación, responde solidariamente de las obligaciones salariales y de seguridad social de los trabajadores contratados por la empresa contratista o subcontratista.

El artículo 42 del ET recoge, en esencia, un conjunto de responsabilidades en el ámbito laboral, derivadas del fenómeno de la descentralización productiva, que indudablemente tiene una gran incidencia sobre los derechos del trabajador, y que la ley quiere proteger. El análisis de estas responsabilidades que afectan al empresario principal que contrata o subcontrata la realización de una obra de servicio son, como veremos, exigibles íntegramente a las administraciones públicas.

La Ley 12/2001, de 9 de julio, por una parte, modifica la regulación del artículo 42 del ET suprimiendo la limitación de la responsabilidad solidaria de las obligaciones salariales del empresario principal, que establecía “el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado del personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo” y, por otra parte, introduce las siguientes obligaciones:

1) Obligaciones exigidas al empresario contratista o subcontratista:

a) Tiene que comunicar a sus trabajadores la identidad de la empresa principal, el nombre y razón social, su domicilio y el número de identificación fiscal.

b) Tiene que informar a la Seguridad Social de la identidad de la empresa principal.

c) Tiene que informar a los representantes de los trabajadores de los mismos extremos que a los trabajadores y, además, del objeto y duración de la contrata y de las medidas previstas para la coordinación de actividades, desde el punto de vista de la prevención de los riesgos laborales.

2) Obligaciones exigidas a la empresa principal que concierte un contrato de prestación de obra y servicio con una empresa contratista o subcontratista, de informar a los representantes de los trabajadores de los siguientes extremos:

a) Nombre y razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.

b) Objeto y duración de la contrata.

c) Lugar de ejecución de la contrata.

d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados para la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.

e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 12/2001 han sido mínimas, no ha cambiado el régimen general que regulaba la responsabilidad. Básicamente, incluye unas nuevas obligaciones legales de información tanto a los trabajadores como a sus representantes; y, como única modificación real, en relación con la antigua regulación, es la que se refiere a la supresión del límite cuantitativo de la responsabilidad salarial, que de hecho a la práctica no suponía un problema, ya que la jurisprudencia se limitaba a declarar la responsabilidad sin concretar el importe. Pero la reforma de este artículo no ha supuesto la recopilación de las modificaciones más reclamadas por la doctrina, ni la aclaración de conceptos tan polémicos jurisprudencialmente como el de “propia actividad”.

2. Ámbito de aplicación de la responsabilidad

2.1. Ámbito subjetivo, negocial y objetivo

La redacción del apartado primero del artículo 42 del ET, modificado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, exige la concurrencia de tres requisitos para que pueda operar la responsabilidad que el propio artículo establece:

“Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad *de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social.*”

Estos requisitos genéricos son uno subjetivo –concepto de empresario–, uno negocial –realización de obras y servicios– y uno objetivo –concepto de propia actividad–; a continuación se analiza cada uno de ellos, así como su aplicación al ámbito de la contratación administrativa.

2.1.1. Ámbito subjetivo: concepto de empresario

Se requiere la existencia de un sujeto contratista o subcontratista y otro que encargue la obra o servicio, y que el apartado segundo del artículo 42 del ET designa como empresario principal. Ambos tienen que ser empresarios. Por lo que respecta al primero no existen dudas por lo que se refiere al cumplimiento de esta condición, entendida en un sentido laboral de quien recibe la prestación de servicios por parte del trabajador de acuerdo

con el artículo 1.2 del ET. Es, sin embargo, el concepto de empresario principal el que ha planteado más cuestiones, sobre todo respecto a si la Administración pública se podía entender incluida.

Sobre esta cuestión, se ha de decir que la jurisprudencia ha venido exigiendo también al empresario principal la condición de empresario en un sentido laboral, equiparando el término al de “empleador”, sin limitarlo al hecho de ser titular de una organización económica específica.¹ Por lo que se refiere a si la responsabilidad derivada del artículo 42 puede exigirse también a la Administración pública, los tribunales superiores de justicia han venido manteniendo criterios contradictorios, entre una interpretación más restrictiva del referido precepto, que se mostraba contraria a que la Administración pudiese ser considerada como empresario principal, y una de más amplia, consecuencia del sentido que la propia jurisprudencia ha dado al término empresario, admitiendo, por tanto, la condición de empresario principal de la Administración.² Varias sentencias del Tribunal Supremo, dictadas en unificación de doctrina, se han pronunciado a favor de esta última interpretación.³ A título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1996 desestimó el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Sestao contra la sentencia que lo consideraba responsable solidario de ciertas diferencias salariales reclamadas por los trabajadores demandantes, en relación con la realización de trabajos del servicio de ayuda a domicilio, encargadas por el Ayuntamiento a la empresa de la que dependían los trabajadores por medio de contratación administrativa.

2.1.2. Ámbito negocial: concepto de negocio jurídico

El otro requisito que el artículo 42.1 del ET establece como fundamento para que pueda accionarse el mecanismo de la responsabilidad es que tiene que tratarse de una contratación o subcontratación para la realización de obras y servicios. No se trata, según la doctrina mayoritaria, de cualquier negocio jurídico, sino del que se encuentra regulado en los artículos 1583 y siguientes del Código civil, en el capítulo titulado “Del arrendamiento de obras y servicios”. La jurisprudencia no ha dudado a excluir de la aplicación del artículo 42 del ET aquellos otros negocios jurídicos cuyo objeto no era la realiza-

1. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1996:

“[...] Es cierto que el invocado artículo 42 del Estatuto de los trabajadores contrae su mandato garantizador a aquellos supuestos en que tuvieran la condición de empresario tanto el que encarga la obra o servicio, como quien asume el indicado encargo. Mas dicha expresión ha de entenderse como sinónima de empleador, tal como desvela el artículo 1.2 del propio cuerpo legal, en relación con el apartado 1 del mismo artículo, en el que se define tal figura de manera traslativa o refleja, en tanto que entiende por tal al que recibe prestación de servicios de quien sea trabajador, concurriendo en la relación que les vincula las notas que configuran el contrato de trabajo. La expresión empresario, utilizada por dicho artículo 42, no ha de entenderse limitada,

por tanto, a quien sea titular de una organización económica específica que manifieste la existencia de una empresa, en sentido económico o mercantil. No desvirtúa la conclusión sentada la mención a actividad empresarial contenida en el último párrafo in fine del citado artículo 42, pues tal mención hace referencia a aquella que para su desarrollo requiera la aportación de trabajo en régimen de laboralidad [...]”

2. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de febrero de 1997 y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 3 de noviembre de 1998.

3. Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1997, de 23 de junio de 1998 y de 27 de julio de 1998.

ción de obras y servicios.

Aparte, los tribunales han extendido la aplicación de este precepto a aquellos negocios jurídicos cuyo objeto es la realización de una obra o servicio determinado, pero que no son negocios privados, sino que corresponden a la esfera pública. Así, ha incluido los contratos administrativos que adjudican la realización de un servicio público,⁴ e incluso, ha ampliado los supuestos a la gestión indirecta de servicios, es decir, a la concesiones administrativas, tal como hace la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1996.⁵

2.1.3. Ámbito objetivo: concepto de propia actividad

Este último requisito hace referencia a la necesidad de poder incluir en la misma actividad de la empresa principal aquella que se contrata con la empresa contratista. Ni la doctrina⁶ ni la jurisprudencia han analizado con demasiado consenso el concepto de propia actividad, llegando a diferentes interpretaciones que han derivado básicamente en dos vertientes, una amplia y otra más restrictiva.

La interpretación amplia entiende por propia actividad toda aquella que para la empresa principal resulte indispensable, y considera como tal aquellas actividades que sean necesarias para la organización del trabajo, cuyo alcance va más allá de las actividades que constituyen el ciclo productivo de la empresa, como pueden ser las actividades de los servicios de limpieza, seguridad y mantenimiento, entre otras.

La interpretación restrictiva entiende que sólo las labores que correspondan al ciclo productivo de la empresa principal, las actividades inherentes, pueden ser consideradas como propia actividad.

Donde sí que parece que haya unanimidad es en lo que se refiere a entender que no existe propia actividad en las denominadas actividades accesorias (transporte, parvularios, comedores, entre otros) sin que se consideren propias del ciclo productivo de la empresa, ni instrumentalmente necesarias para su realización.

Otro criterio que sobre todo la doctrina ha tenido en cuenta a la hora de definir el concepto de propia activi-

dad es aquel que entiende que es de aplicación el artículo 42 del ET cuando, si no se ha concertado el contrato o subcontrato, las obras y servicios tendría que haberlas realizado el mismo empresario principal, con el peligro de perjudicar su actividad empresarial. Ahora bien, cabe decir que actividades como, por ejemplo, la de limpieza o seguridad pueden ser indispensables, teniéndolas que realizar el mismo empresario principal si no las contratase, pero no por este motivo tendría que formar parte de la actividad inherente de la empresa principal, de su ciclo productivo. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1998 excluye del ámbito de propia actividad la vigilancia de edificios o centros de trabajo, ya que a pesar de afirmar que es una actividad indispensable no entiende que sea inherente como propia del ciclo productivo de la empresa. Por lo que se refiere a la actividad de limpieza, a pesar de que en un principio existen sentencias contradictorias, la evolución jurisprudencial que se ha producido ha sido en el sentido de no considerar el servicio de limpieza como actividad propia de la empresa principal.⁷

Ante esta diversidad de resoluciones, es de destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1998, dictada en unificación de doctrina, que se inclina hacia el concepto más restrictivo, es decir, el de actividad inherente, y descarta las actividades que, a pesar de tener el carácter de indispensables, no pertenecen al ciclo productivo de la empresa. El Tribunal entiende que una interpretación amplia va más allá de la finalidad perseguida por el artículo 42 del ET, ya que, si la redacción del precepto se refiere de forma expresa al concepto de propia actividad, la finalidad no puede ser otra que la de reducir los supuestos de responsabilidad de la empresa principal.⁸

Vista la indeterminación jurídica del concepto de propia actividad, para saber si una actividad puede ser considerada inherente o indispensable, a menudo será necesario acudir al resto de los requisitos del artículo 42.1 del ET, atendiendo tanto al concepto subjetivo –empresario– como al concepto de negocio –arrendamiento de obra y servicio–, siendo, sin embargo, nece-

4. Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1996 y de 29 de octubre de 1998.

5. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1996:

“b) La condición pública del Ayuntamiento que, mediante contratación administrativa, adjudica la realización directa e inmediata del servicio de ayuda domiciliaria, que constituye uno de servicios sociales a cargo del ente público, a otra entidad, no puede hacer olvidar, ni desnaturalizar la naturaleza de la prestación, caso de haber sido realizada directamente por el órgano público local, por lo que, su gestión indirecta, mediante el mecanismo de la concesión administrativa, no afecta al *solidum* legal examinado.

“c) Una interpretación del reiterado artículo 42, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto ‘contratas o subcontratas’, celebradas por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de ‘concesión administrativa’ ya que, de una parte, la generalidad de los términos ‘contratas o subcontratas’ no permite su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otra, parece más

adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión directa de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el ente público, dueño de la obra o servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida.”

6. DE REY GUANTER, Salvador. “A propósito de los requisitos del artículo 42.1 del TRET, y en especial sobre la propia actividad: Notas a la luz de la Sentencia de 24 de noviembre de 1998”. www.ceveal.com/publicaciones.

7. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 12 de febrero de 1997.

8. En este mismo sentido, DE REY GUANTER, Salvador. “A propósito de los requisitos del artículo 42.1 del TRET, y en especial sobre la propia actividad: Notas a la luz de la Sentencia de 24 de noviembre de 1998”. www.ceveal.com/publicaciones.

saría la concurrencia de los tres requisitos para que pueda operar la responsabilidad prevista legalmente.

El requisito de propia actividad también se tiene que dar respecto a la Administración cuando actúa como empresario principal. Es evidente cuando las actividades desarrolladas se corresponden con las competencias que legalmente tienen atribuidas una entidad local,⁹ pero los tribunales no las han limitado a éstas, sino que en determinadas ocasiones han considerado que algunos de los servicios que asume y presta un ayuntamiento, como por ejemplo los de ayuda domiciliaria,¹⁰ cuidado de minusválidos físicos y psíquicos,¹¹ parques y jardines¹² y otros, se tienen que entender también inherentes a su propia actividad a pesar de no encontrarse entre las propias competencias que éste está obligado a ejercer.

En conclusión, la redacción del artículo 42 del ET no incluye de forma expresa a la Administración pública como sujeto afectado, es por medio de las interpretaciones que de este precepto realizan la doctrina y la jurisprudencia que en la actualidad se exige a la Administración esta responsabilidad. La cuestión, sin embargo, no es pacífica a la hora de considerar en qué casos se puede entender que la obra y el servicio adjudicado o contratado forma parte o no de la propia actividad.

2.2. Ámbito material

La responsabilidad en materia laboral en los supuestos de descentralización productiva de los contratos o subcontratos de obras y servicios viene regulada en el artículo 42.2 del ET, modificado recientemente por la Ley 12/2001, de 9 de julio, que dispone literalmente en su primer párrafo:

“El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de

naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata.”

Delimitaremos en este apartado el alcance de la responsabilidad a la que se pueden ver sometidas las entidades locales y los problemas que se plantean a la práctica, en lo que se refiere a la responsabilidad solidaria por obligaciones de naturaleza salarial, así como en relación con las responsabilidades solidaria y subsidaria referidas a la Seguridad Social.

a) Respecto a las obligaciones de naturaleza salarial, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado de forma unánime que la responsabilidad que asume el empresario principal queda exclusivamente limitada a los conceptos retributivos que tienen naturaleza salarial, es decir, aquellas percepciones económicas que integran la estructura salarial definida en el artículo 26.1 del ET. Esta responsabilidad no alcanzará a las percepciones económicas de naturaleza indemnizatoria o compensatoria, ni a los conceptos extrasalariales, como, por ejemplo, las consecuencias derivadas de un despido improcedente o nulo.

La interpretación de la jurisprudencia sobre los conceptos salariales es bastante restrictiva, incluyendo en términos generales el salario base y los complementos salariales. Sin embargo, a la práctica, es un tema que puede traer problemas de identificación, de si un concepto es salarial o extrasalarial, ya que, según el artículo 26.3 del ET, será la propia negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual el que determinará la estructura del salario.

Un concepto que ha sido controvertido tanto por la doctrina como por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo es la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación, teniendo en cuenta que en función de la consideración que tenga, naturaleza jurídica y/o indemnizatoria,¹³ estará dentro del ámbito material de la responsabilidad solidaria del empresario principal. Si se

9. Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1996, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de febrero de 1997 y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 3 de noviembre de 1998, que señala literalmente lo siguiente:

“[...] si cuando el organismo autónomo a su vez encomienda a una empresa privada la ejecución de una obra o servicio público puede afectarle la responsabilidad solidaria del artículo 42 del Estatuto de los trabajadores [...] y cabe preguntarse, en primer lugar, si la ejecución de las obras en que trabaja el actor era actividad propia de la recurrente, extremo que se viene a negar en el recurso. Sin embargo, la respuesta debe ser afirmativa, a la vista de lo establecido en el artículo 3.3.a) del Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobada por el Decreto 1346/1976, de 9 de abril, que en lo atinente a la ejecución de la urbanización, confiere al organismo competente, entre otras, las facultades de ‘encauzar, dirigir, realizar, conceder y fiscalizar la ejecución de obras de urbanización’, en cuyos mismos términos se expresa el artículo 3.3.a) del texto aprobado por el Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio [...]. Por su parte, según el artículo 25.2.d) de la citada Ley 7/1985, de bases de régimen local, el municipio tiene

competencia en materia de ordenación, gestión, ‘ejecución’ y disciplina urbanística. Luego de estas normas se infiere que es actividad propia del ayuntamiento o, en su caso, del organismo autónomo creado en su seno para ello, la Gerencia de Urbanismo, la ejecución de obras de urbanización [...]”

10. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 10 de octubre de 1995 y de 3 de diciembre de 1996.

11. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de febrero de 1997.

12. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de febrero de 1998.

13. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1998 establece que los salarios de tramitación disfrutan de un concepto jurídico propio, ya que por un lado constituyen una indemnización al perjuicio causado por el despido, pero desde otro punto de vista tienen carácter salarial, ya que responden a una retribución nacida de una relación laboral que no queda resuelta hasta que el empresario opta por la readmisión o por la indemnización. Puede considerarse que tiene naturaleza salarial o indemnizatoria en función de cada situación jurídica que se realice.

entiende que tiene naturaleza salarial, éste tendrá que hacerse cargo de los salarios de tramitación en el caso de que el contratista o subcontratista despidiera sin causa a un trabajador, y durante el tiempo que dure el procedimiento, siempre como mucho hasta la fecha de expiración de la contrata.

La jurisprudencia ha pasado por diferentes etapas¹⁴ en la determinación de la naturaleza de los salarios de tramitación, pero la última doctrina del Tribunal Supremo establecida en la Sentencia de 14 de julio de 1998 considera que tienen naturaleza indemnizatoria; por tanto, no sería responsable el empresario principal de su pago, al no tener la naturaleza salarial que exige el artículo 42 del ET. No obstante, los tribunales han declarado la naturaleza salarial de los salarios de tramitación a los efectos de la obligación de cotizar a la Seguridad Social, hecho que ha sido calificado por la doctrina como una contradicción interna.¹⁵

El artículo 42.2, en la redacción anterior a la reforma laboral aprobada por la Ley 12/2001, establecía, como ya hemos señalado, un límite a la responsabilidad solidaria del empresario: “[...] con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la categoría o puestos de trabajo.” Este límite había sido puesto en duda por la doctrina, y de hecho los tribunales se limitaban a declarar la responsabilidad del empresario principal sin plantearse si la cuantía superaba o no la que correspondía percibir a un trabajador al servicio de la empresa principal.¹⁶ La reforma ha suprimido este límite y se ha dado coherencia con la responsabilidad en materia de Seguridad Social, donde, de acuerdo con el artículo 127.1 del TRGSS y 12.1 del Real decreto 1637/1995, el empresario principal responde subsidiariamente sin ningún límite.

La eliminación de esta limitación cuantitativa obliga más que nunca a tener un especial cuidado por parte del empresario principal de las condiciones laborales de los trabajadores de la empresa contratista, del convenio colectivo aplicable y de las condiciones individuales pactadas. No obstante, el empresario principal siempre podría demostrar la existencia de un fraude de ley por parte del empresario contratista a la hora de fijar los salarios de los trabajadores, si ante su insolvencia aumenta de forma desproporcionada e irracional los salarios de su personal.

En definitiva, será la naturaleza del concepto retributivo de que se trate el elemento delimitador del alcance de la responsabilidad en materia salarial prevista en el artículo 42.2 del ET. No obstante, con lógica jurídica, la empresa principal únicamente tendrá que responder solidariamente de las obligaciones salariales concretas en proporción a los días efectivamente trabajados por el trabajador en la contrata o subcontrata y, en su caso, de las pagas extraordinarias y otros conceptos que se devengan en períodos superiores al mes.¹⁷

b) En relación con las obligaciones que pueden corresponder por cotizaciones a la Seguridad Social, se tiene que señalar de principio el diferente tratamiento que viene dado por el artículo 42.1 del ET, que expresamente reconoce la posibilidad de exoneración de la responsabilidad del empresario, respecto a la responsabilidad por obligaciones de naturaleza salarial donde no se prevé la posibilidad legal de ninguna exoneración:

“Los empresarios [...] deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario *solicitante*.”

Por lo que se refiere a la extensión de las obligaciones en materia de Seguridad Social, la jurisprudencia ha señalado el amplio alcance de la responsabilidad, incluyendo en términos generales las cuotas y prestaciones, declarando también la responsabilidad por prestaciones a la Seguridad Social en supuestos en que los efectos de éstas se prolonguen más allá del período de vigencia de la contrata; se incluyen específicamente las altas, bajas, afiliaciones, cotizaciones, prestaciones e, incluso, las mejoras voluntarias a la Seguridad Social si están previstas en el convenio colectivo. No obstante, por lo que se refiere a las mejoras salariales, han sido admitidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en muchos supuestos, pero la Sentencia de este tribunal, de 19 de mayo de 1998, se aparta de esta doctrina. Es un tema que, como muchos otros aspectos, no está cerrado.

14. Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1991, de 7 de julio de 1994, de 6 de abril de 1998 y de 14 de julio de 1998.

15. GALA DURÁN, Carolina. “Aspectos críticos de la responsabilidad salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios”. Revista: *Relaciones Laborales* 2000.

16. El problema se planteaba en la fase de ejecución de sentencias y el tema más polémico era asimilar determinadas categorías a los grupos profesionales establecidos en las empresas contratista o principal.

17. La reciente Sentencia del Juzgado de lo Social de Manresa, de 31 de enero de 2001, reconoce expresamente la necesidad de acreditación de la

prestación de servicios por parte de los trabajadores en la obra objeto del contrato o subcontrato para poder declarar la responsabilidad solidaria del empresario principal:

“De las cantidades debidas por la empresa Construccions Germans Pubill al resto de los trabajadores, a excepción de Youssef Chahbouni, responde exclusivamente la mencionada entidad al no concurrir los supuestos que prevé el artículo 42 del ET, ya que no se ha acreditado que los trabajadores mencionados hayan prestado servicios en la obra titularidad de (empresa principal).”

La responsabilidad por obligaciones derivadas de la Seguridad Social tiene un doble carácter. Por un lado, de acuerdo con el apartado segundo del artículo 42, el empresario principal responde solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social, quedando fuera el transcurso del plazo señalado en el primer párrafo:

“El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente [...] y de las obligaciones referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata.”

Pero por otra parte, en el artículo 127.1¹⁸ de la LGSS, así como en el artículo 12.1 del Reglamento general de recaudación de recursos del Sistema de la Seguridad Social, se establece otro tipo de responsabilidad de carácter subsidiario para obligaciones de cotizaciones y de prestaciones a la Seguridad Social, según la cual el empresario responderá subsidiariamente del pago a la Seguridad Social de las mismas.

La diferencia entre uno y otro tipo de responsabilidad, en términos generales, es que mientras la responsabilidad prevista en el artículo 42 del ET es una responsabilidad solidaria del empresario principal –en supuestos de propia actividad–, la responsabilidad prevista en el artículo 127.1 de la LGSS es subsidiaria –en supuestos de no propia actividad. Ambas son estrictamente pecuniaras y no se extienden a todos los deberes, cargas y responsabilidades propias del contratista. Pero en el caso de responsabilidad solidaria el creditor tendrá que dirigirse primero al deudor originario –empresario contratista– y sólo ante el impago se podrá dirigir contra el empresario principal, sin que sea necesario demostrar la insolvencia sino solamente el incumplimiento. En caso de responsabilidad subsidiaria comporta que responde, según se interpreta de la redacción dada por el artículo 127.1 de la LGSS, del pago de las cotizaciones y prestaciones causadas durante la vigencia de la contrata, ante la insolvencia del empresario contratista.

Respecto a este tema, no hemos de olvidar que la Ley de contratos de las administraciones públicas recoge en el artículo 20 la prohibición¹⁹ de contratar con la Administración a las personas que no se encuentren al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes. Está obligada la Administración a com-

probar este hecho antes de contratar y no requiere de una declaración expresa por parte de la Administración sino que opera de forma automática como causa de prohibición para contratar. Pero esto no implica que el contratista no pueda incumplir con posterioridad sus obligaciones.

El alcance de las responsabilidades por obligaciones derivadas de la Seguridad Social que puede llegar a asumir el empresario principal por incumplimientos de los contratistas y subcontratistas puede tener gran transcendencia económica.

2.3. Ámbito temporal

Tal y como el propio artículo 42.2 del ET literalmente señala, la responsabilidad se extiende a lo largo de la vigencia de la contrata y durante el año inmediatamente posterior a su terminación. Sobre esta cuestión, cabe señalar:

–Que las obligaciones de las que responde el empresario principal son solamente las que surgen durante la vigencia de la contrata. Esto supone que en ningún caso el empresario principal responde por obligaciones contraídas por el contratista una vez se ha extinguido la contrata.

–Que el plazo de un año que marca el artículo hace referencia a un plazo máximo general, ya establecido en el artículo 59 de la misma norma, para poder interponer cualquier acción derivada del contrato de trabajo, pero se tiene que tener en cuenta que determinadas acciones tienen plazos específicos más breves a los que se tendrá que estar en cualquier caso y que siempre tienen que referirse a obligaciones nacidas durante la vigencia de la contrata, nunca posteriores.

–Como circunstancia que determina el momento en el tiempo en el que finaliza la responsabilidad solidaria del empresario principal a todos los efectos, tenemos que concretar el momento en el que acaba la contrata. Puede ser un pacto temporal con fecha cierta de finalización, pero también en los casos de ejecución de obrar, la fecha decisiva es la finalización de ésta.

Un problema que se ha planteado es la eventual responsabilidad solidaria del empresario principal en los supuestos de desistimiento unilateral de la contrata por el empresario principal o por el contratista. La solución dependerá de quién lleve a cabo el desistimiento. Si se produce por voluntad del empresario contratista o por

18. Artículo 127.1 de la LGSS: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los trabajadores, para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente.

“No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda.”

19. Que se tendría que reiterar cada mes, para controlar el real cumplimiento y en caso contrario rescindir el contrato, si así lo hemos previsto previamente como supuesto de resolución en las cláusulas administrativas particulares o generales.

mutuo acuerdo, la responsabilidad solidaria sólo alcanza hasta la fecha de desistimiento o del acuerdo. No obstante, si es el empresario principal quien desiste unilateralmente, la situación es más compleja, pero los tribunales han considerado que los trabajadores son ajenos a dicho desistimiento y no pueden verse afectados por el mismo, por cuyo motivo podrán exigir responsabilidades al empresario principal.²⁰

3. Catalogación de controles

Analizadas las responsabilidades desde el punto de vista de la normativa laboral a la que puede estar sujeto el empresario principal, entendido como se ha dicho en el sentido amplio de empleador, en los supuestos que por motivos de necesidades organizativas hayan de acudir a la figura de la descentralización administrativa y contratar con terceras personas la prestación de un servicio o bien adjudicar la realización de una determinada obra, pasamos ahora a analizar qué mecanismos de control legales (previstos en la normativa) o prácticos se pueden poner en funcionamiento –tanto *a priori* como *a posteriori*– por no tener que estar sujetos a las responsabilidades establecidas en el artículo 42 del ET o como mínimo poder limitarlas.

3.1. Controles *a priori*

En el ámbito de la contratación administrativa, el 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), establece en el apartado f) del artículo 20 la prohibición por parte del contratista de contratar con la Administración en caso de “No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determine”.

Así mismo, el apartado séptimo del artículo 99 de la LCAP prevé, sin perjuicio de lo que disponen las normas tributarias y de Seguridad Social, la posibilidad de embargar los abonos a cuenta que la Administración tiene que realizar al contratista procedentes de la ejecución del contrato en el supuesto de: “a) Para el pago de los salarios devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato y de las cuotas sociales derivadas de los mismos.”

La entidad local, cuando actúa como empresario principal, no sólo está sujeta a las prescripciones establecidas en la normativa propiamente administrativa, sino

que también a las establecidas en el Código civil, así como en los mismos contratos que adjudica, con unas causas tasadas de resolución establecidas legalmente. Pero nada obsta a la ampliación de éstas por medio de los pactos, es decir, la cláusulas administrativas generales y/o particulares. Sería conveniente incluir supuestos específicos de resolución del contrato en situaciones que nos pueden llevar a incurrir en las responsabilidades establecidas en el artículo 42 del ET por descubiertos en los pagos, tanto de cuotas a la Seguridad Social como de los salarios de los trabajadores por parte de la empresa contratista. Tenemos que tener en cuenta que ante una resolución unilateral del contrato responderá igualmente el empresario principal durante todo el tiempo en el que estaba prevista la duración de la contrata.²¹

El primer control legal establecido en la normativa laboral es el que prevé el mismo artículo 42 del ET, cuando señala la obligación del empresario principal de comprobar que los contratistas se encuentran al corriente del pago de las cuotas de la Seguridad Social, por medio de una certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social. Una vez emitida la certificación negativa o pasados treinta días sin la expedición de la misma, el empresario principal quedará exonerado. Tendríamos que establecer una cláusula administrativa general y/o particular que incluyera como causa de resolución del contrato el descubierta en el pago a la Seguridad Social, dado que sólo está prevista una exoneración parcial de esta responsabilidad en el artículo 42 del ET y no está prevista como causa de resolución en la normativa de la LCAP.

El artículo 42 del ET no establece, en cambio, ningún deber de información del empresario principal respecto al cumplimiento del contratista hacia las obligaciones de naturaleza salarial contraídas con sus trabajadores, ni, por tanto, ninguna posibilidad de exoneración. No hay inconveniente, sin embargo, en que, tal y como señalábamos en el párrafo anterior, se pueda establecer en la redacción de los pliegos de cláusulas generales, así como particulares, una causa de resolución del contrato consistente en el incumplimiento de las obligaciones salariales, de acuerdo con las causas de resolución de los contratos que prevé el artículo 111 de la LCAP, y en concreto el apartado h) del precepto mencionado, que señala literalmente: “Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato.”

También es importante un control *a priori* sobre las condiciones jurídicas de la contratación de las empresas contratistas, es decir, sobre los convenios colectivos

20. Sentencia del TSJ de Navarra de 10 de junio de 1993.

21. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 10 de diciembre de 1993, hace responsable solidario al empresario principal que desiste unilateralmente de la contrata, incluso cuando se ampare en irregu-

laridades en su ejecución, al considerar que sobre él recae el deber de comprobación y los trabajadores son ajenos al referido desistimiento. Esto sin perjuicio de la necesidad de acreditar el tiempo de duración de la contrata para fijar el límite temporal de la responsabilidad del empresario principal.

aplicables al sector concreto o a la empresa con la que contratemos y sobre los contratos individuales que se realicen, ya que serán los que delimitarán nuestra futura responsabilidad salarial. Hemos de tener en cuenta la previsión contenida en el artículo 163.1 de la Ley de procedimiento laboral, en cuanto a la posibilidad de impugnación de los convenios colectivos por terceras personas que puedan resultar afectadas.

Respecto a los contratos de trabajo individuales, hemos de tener un especial cuidado en los supuestos de prestación de servicios por la empresa contratista o subcontratista en régimen de autónomos, dado que la práctica demuestra que la mayoría de éstos no tienen este carácter sino que esconden una relación de naturaleza laboral.

La jurisprudencia unánimemente ha señalado que la naturaleza jurídica de los contratos se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le sea otorgada por los intervinientes. Para determinar la auténtica naturaleza del contrato se tiene que estar a los actos realizados en su ejecución; así, se tiene que prescindir del *nomen iuris* utilizado en los contratos en cuestión. La determinación del carácter laboral o no de la realización que une a las partes no es un aspecto que está a la libre disposición de éstas, sino que es una calificación que tiene que salir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimiten el tipo contractual. De todo esto se desprende que el elemento esencial será la valoración que merecen las circunstancias concretas en las que efectivamente se venía desarrollando la relación entre los contratantes (sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 23 de octubre de 1989 y de 5 y de 21 de junio de 1990).²²

En el caso, en la práctica muy frecuente, de contrataciones en esencia laboral, pero formalmente autónomas, tenemos que tener presente la gran transcendencia económica que pueden llegar a tener las cotizaciones a la Seguridad Social de estas personas, y de la que será responsable la entidad local durante el tiempo en que la persona ha prestado servicios para la empresa contratista o subcontratista durante la vigencia de la contrata o subcontrata y en la obra o servicios que ha sido objeto de ésta.

Cabe tener en cuenta que la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL) establece un deber de vigilancia

del empresario principal del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de los contratistas.²³ El precepto establece los mismos requisitos que el artículo 42 del ET –un empresario principal y un contratista o subcontratista, la realización de una obra o servicio y que ésta corresponda a la propia actividad de la empresa principal–, pero añade la necesidad de que las actividades se realicen en los centros de trabajo de la empresa principal, requisito que no contempla el artículo 42 del ET y que, por tanto, no será necesario a la hora de exigir las responsabilidades derivadas de este último precepto.

Así mismo, el empresario principal puede incurrir en responsabilidad solidaria respecto al cumplimiento de la obligaciones de la LPRL durante el período de la contrata si se dan las circunstancias descritas anteriormente, siempre y cuando la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal.²⁴

3.2. Controles *a posteriori*

Cualquier entidad local, cuando actúa como empresario principal, puede, para limitar su responsabilidad salarial establecida en el artículo 42 del ET, exigir de la empresa contratista la entrega de los comprobantes de haber pagado efectivamente el salario a sus trabajadores. Podría, incluso, retener los pagos que corresponden hacer al contratista para la ejecución de la obra que es objeto de la contrata. Sin embargo, para ser una solución legítima tiene que estar recogida como una condición de la misma contrata, es decir, que se haya previsto en las cláusulas administrativas que rigen el contrato como una obligación que tiene que asumir el contratista y que podría ser causa de resolución, como ya se ha señalado en los controles *a priori*.

A la práctica, este control se puede llevar a cabo a través de la exigencia de una entrega periódica de justificantes de pago por parte del empresario contratista de que ha pagado los salarios a sus trabajadores, como, por ejemplo, los comprobantes trimestrales de haber ingresado las retenciones con especificación concreta de los trabajadores afectados, o bien exigir la entrega periódica de una fotocopia de las nóminas firmadas por los trabajadores que prestan servicios a la contrata.

En cuanto a la exoneración de responsabilidades derivadas de las cotizaciones a la Seguridad Social, está pre-

22. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 21 de diciembre de 1999:

“[...] la determinación de si una relación *inter partes* tiene o no naturaleza laboral, no depende ni de cómo la denominen ni la conciben las partes, ni de ninguna decisión o resolución administrativa, sino que tan sólo compete a los órganos judiciales, que han de atender solamente a su verdadero contenido obligacional para determinar la auténtica naturaleza de aquélla.”

23. Artículo 24.3 de la LPRL: “Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia

actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.”

24. Artículo 42.3, primer párrafo, del Real decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba el Texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, y que antes de su entrada en vigor venía establecido en el primer párrafo del apartado segundo del artículo 42 de la LPRL, derogado por la disposición derogatoria única de dicho real decreto legislativo.

vista en la misma normativa laboral, en el artículo 42 del ET y en el artículo 127 de la LGSS, pero limitada en el tiempo, es decir, al cabo de los treinta días o desde el momento de expedición de la certificación negativa no tendremos una justificación de que efectivamente se están realizando los ingresos correspondientes ni si, por ejemplo, se han contratado nuevos trabajadores; es de hecho una comprobación limitada y de pocos efectos prácticos si no se realiza un seguimiento a lo largo de toda la vigencia de la contrata o subcontrata. La posibilidad de comprobación de este extremo se tendría que articular a través de la misma contrata, por medio de una cláusula administrativa general y/o particular que obligase a un seguimiento mensual de los efectivos ingresos, dado que como hemos visto está previsto sólo con anterioridad a la contratación como prohibición de contratar en el artículo 20 de la LCAP, y al inicio de ésta en el artículo 42 del ET y sobre todo teniendo en cuenta que la exoneración prevista está limitada en el tiempo a treinta días, motivo que nos obliga, si queremos evitar la responsabilidad legalmente prevista, a llevar a cabo un control periódico mensual.

En definitiva, la Administración pública, cuando actúe como empresario principal en la contratación o subcontratación de obras o servicios, ha de tener mucho cuidado del efectivo pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, así como del pago de las retribuciones asignadas a los trabajadores de la empresa contratista, sobre todo de los complementos personales fijados en función de circunstancias de la producción y de los resultados de la empresa, que se calcularán conforme a criterios que se pactarán sólo con la empresa contratista, ya que pueden incrementar nuestra responsabilidad de forma sorprendente. Quedará, en último término, en manos de la Administración la demostración de un posible fraude de ley por parte del contratista en la determinación de las retribuciones de sus trabajadores vía contrato de trabajo individual, cuando ante su insolvencia aumentasen de forma desproporcionada e irracional los salarios de su personal.

4. Conclusión

Las entidades locales, cuando actúen como empresarios principales en la contratación y subcontratación de obras y servicios, están sujetas a las responsabilidades legales establecidas en el artículo 42 del ET, que si bien su redacción en algunos extremos no es bastante clara y comporta problemas de interpretación a la práctica, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo con los siguientes extremos:

- Un concepto amplio de empresario, entendido como “empleador”, que incluye a las administraciones públicas.
- Una extensión del concepto de contrato de obras y

servicios hacia los supuestos de concesiones administrativas.

–Un concepto de “propia actividad”, interpretado como aquella que es inherente al ciclo productivo de la empresa principal, que en el caso de las administraciones públicas puede ir más allá de las competencias que legalmente tiene atribuidas.

–Un ámbito material de responsabilidad que alcanza a los conceptos retributivos que participan de la naturaleza salarial y obligaciones derivadas de la Seguridad Social durante el tiempo de duración de la contrata.

Dado el alcance de las responsabilidades legalmente establecidas, las entidades locales han de tener especial cuidado en el control de los contratistas y subcontratistas a la hora de poder limitar esta responsabilidad. A estos efectos, pueden *a priori* establecer en las cláusulas administrativas generales y/o particulares causas específicas de rescisión y establecer obligaciones específicas de control del subcontratista por parte del contratista. Sin embargo, también es de gran importancia el seguimiento que se debería hacer *a posteriori* del efectivo cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista y de los posibles subcontratistas. ■

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, 5 se publica “Las ordenanzas municipales de protección frente al ruido. II. Tipologías de aspectos que regulan las ordenanzas”, que es la segunda parte del trabajo publicado en la crónica de las ordenanzas y los reglamentos locales del QDL, 4.

La lucha contra el ruido a través de las ordenanzas municipales tiene una larga tradición en nuestro Derecho. Eva Arnal Arasa, en el trabajo que publica en este QDL, 5, analiza el contenido de más de ciento veinte ordenanzas municipales (que se relacionan al final del trabajo) reguladoras del ruido o la contaminación acústica o de aspectos concretos como la circulación de vehículos o la convivencia ciudadana.

El examen lo proyecta sobre la regulación de la calidad acústica ambiental; 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; la específica de las actividades, instalaciones, maquinarias e instrumentos potencialmente contaminantes; de las zonas acústicamente saturadas; de las técnicas de control administrativo de la contaminación acústica: inspección, licencias, medidas cautelares, infracciones y sanciones, y de la potestad sancionadora en materia de ruido.

El enorme esfuerzo de sistematización de la información lo completa con la valoración de los efectos sobre las ordenanzas de los últimos cambios normativos producidos en la materia (el 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) y con la valoración de los aspectos de más difícil interpretación y aplicación en la práctica.

Las ordenanzas municipales de protección frente al ruido.

II. Tipologías de aspectos que regulan las ordenanzas

Eva Arnal Arasa
Abogada

1. La regulación vía ordenanza de la calidad acústica ambiental: determinación de las áreas acústicas, objetivos de calidad acústica de cada área, índices acústicos y formas de medición de la contaminación acústica.

1.1. Unidades de medida. Intensidad, frecuencia y duración. 1.2. Zonas acústicas y criterios de calidad acústica. La zonificación. Criterios. 1.3. Los mapas de ruido. 1.4. Valores máximos de recepción y niveles límite de emisión. 1.5. La medición y valoración del ruido. Indicadores de ruido. 1.6. El día, la tarde y la noche.

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.

2.1. Marco normativo. Licencias y autorizaciones ambientales y licencias de actividades clasificadas (RAMINP). 2.1.1. Requisitos exigidos a las instalaciones con aparatos de música o en las que se realicen actuaciones musicales. 2.1.1.1. Condiciones de instalación y apertura de las actividades. Niveles de aislamiento. 2.1.1.2. Control del nivel de ruido en el interior de las instalaciones. 2.1.1.3. Instalación de limitadores o equipos de control de la emisión. Sonógrafos y cajas negras. 2.1.2. Condiciones exigidas a otras actividades e instalaciones. 2.2. Régimen transitorio.

3. Regulación específica de las actividades, instalaciones, maquinarias e instrumentos potencialmente contaminantes.

3.1. Vehículos a motor. 3.2. Aparatos de alarma. 3.3. Actividades de ocio. 3.4. Espectáculos y actividades al aire libre. 3.4.1. Actividades en terrazas o al aire libre. 3.4.2. Alcohol y ruido. 3.4.3. Actos y celebraciones en la vía pública. 3.5. Trabajos en la vía pública. 3.6. Actividades de los vecinos en el interior de las edificaciones.

4. La regulación de las zonas acústicamente saturadas. Información ciudadana en la declaración de ZAS.

5. Técnicas de control administrativo de la contaminación acústica: inspección, licencias, medidas cautelares, infracciones y sanciones.

5.1. Potestad sancionadora tras la reforma de la LBRL. 5.2. Personas responsables. 5.3. Régimen de inspección y licencias. 5.4. Medidas cautelares. 5.4.1. Medidas cautelares relativas a los vehículos a motor. 5.4.2. Límites a las medidas cautelares. 5.4.3. Medidas cautelares en la vía civil. 5.5. Infracciones y sanciones. 5.5.1. Infracciones. 5.5.1.1. Materias sobre las que los municipios carecen de habilitación para el establecimiento de infracciones. 5.5.1.2. Ruido procedente de usuarios de la vía pública. 5.5.1.3. Ruido producido por las actividades domésticas o los vecinos, cuando exceda de los límites tolerables de conformidad con los usos locales. 5.5.2. Sanciones. 5.6. Indemnización de daños y perjuicios.

6. Valoraciones finales.

Anexo de ordenanzas localizadas.

Abreviaturas utilizadas

CC: Código civil.
 CE: Constitución española.
 DR: Directiva 2002/49/CE del Parlamento y del Consejo, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental.
 DRAs: Decreto 99/1985, de 17 de octubre. Normas sobre las condiciones técnicas de los proyectos de aislamiento acústico y de vibraciones del Principado de Asturias.
 DRCLeón: Decreto 3/1995, de 12 de enero. Actividades clasificadas. Condiciones a cumplir por niveles sonoros o de vibraciones de Castilla y León.
 DRIBal: Decreto 20/1987, de 26 de marzo, de medidas de protección contra la contaminación acústica de las Islas Baleares.
 DRMad: Decreto 78/1999, de 27 de mayo, del régimen de protección contra la contaminación acústica de la Comunidad de Madrid.
 DRMur: Decreto 48/1998, de 30 de julio. Normas sobre protección del medio ambiente frente al ruido de la Región de Murcia.
 IPPC: Directiva 96/61/CE del Consejo, relativa a la prevención y control integrados de la contaminación.
 LAU: Ley 29/1994, de 24 de noviembre 1994, de arrendamientos urbanos.
 LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local.
 LEAMad: Ley 2/2002, de 19 de junio, de evaluación ambiental de la Comunidad de Madrid.
 LEC: Ley 1/2002, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.
 LHL: Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales.
 LIIAA: Ley 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración ambiental de Cataluña.
 LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.
 LMACLeón: Ley 11/2003, de 8 de abril, de prevención ambiental de Castilla y León.
 LMARioja: Ley 5/2002, de 8 de octubre, de protección del medio ambiente de La Rioja.
 LMAPVasco: Ley 3/1998, de 27 de febrero, de protección del medio ambiente del País Vasco.
 LMMGL: Ley 57/2003, de 27 de noviembre, de medidas de la modernización del gobierno local.
 LOE: Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación.
 LOPJ: Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
 LOPSC: Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana.
 LPCIC: Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación.
 LPH: Ley 49/1966, de 21 de julio, de la propiedad horizontal.
 LR: Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido.
 LRCat: Ley 16/2002, de 28 de junio, de protección contra la contaminación acústica de Cataluña.
 LRGal: Ley 7/1997, de 11 de agosto, de protección de la contaminación acústica de Galicia.
 LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.
 LRVal: Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de protección contra la contaminación acústica.
 OFRNav: Orden foral de 20 de agosto de 1987. Medidas preventivas para la elaboración de un plan de control de ruido y vibraciones.
 OTRCat: Resolución de 30 de octubre de 1995. Ordenanza tipo de ruidos y vibraciones de Cataluña.
 OTRGal: Decreto 320/2002, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las ordenanzas tipo sobre protección contra la contaminación acústica de Galicia.
 OTRCMancha: Resolución de 23 de abril de 2002 por la que se aprueba el modelo tipo de ordenanza municipal sobre normas de protección acústica de Castilla-La Mancha.
 RAMINP: Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.
 RCE: Reglamento de contratos del Estado de 28 de diciembre de 1976.
 RGPEPAR: Real decreto 2816/1982, de 27 de agosto, que aprueba el Reglamento general de policía de espectáculos públicos y actividades recreativas.
 RPPS: Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.
 RRAn: Decreto 326/2003, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de protección contra la contaminación acústica en Andalucía.
 RREx: Decreto 19/1997, de 4 de febrero, reglamentación de ruidos y vibraciones de Extremadura.
 RRGal: Decreto 150/1999, de 7 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de protección contra la contaminación acústica de Galicia.
 RSCL: Reglamento de servicios de las corporaciones locales.
 TALT: Real decreto legislativo 339/1990, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.
 TC: Tribunal Constitucional.
 TRRL: Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por el Real decreto 71/1986, de 18 de abril.
 TS: Tribunal Supremo.
 TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

En la primera parte de este trabajo se justificó la división del mismo en dos partes por una limitación de espacio y por la necesidad de definir, antes de entrar en el estudio de las ordenanzas, el marco general en materia de ruido. Esta segunda parte analiza el ámbito normativo y las cuestiones planteadas por las ordenanzas. Éste es, pues, el propósito del presente trabajo, en el que se intentará concretar el marco en el que actualmente deben encajarse las ordenanzas municipales en materia de prevención de la contaminación acústica, así como el perfil de las existentes, especialmente en aquellos aspectos sobre los que tienen atribuidas competencias normativas.¹

La aprobación de la LR, siguiendo el mandato de la DR, llega cuando ya distintas comunidades autónomas contaban con sus respectivas normas de prevención de la contaminación acústica, algunas de ellas con rango de ley. En este sentido, se irá concretando en qué aspectos la LR (norma con carácter básico, como la misma indica en su disposición final primera) desplaza lo dispuesto por dichas normas, cuyo contenido debe ser respetado por las ordenanzas de los municipios respectivos. Junto a ello, en algunos casos se hará referencia a lo previsto por las ordenanzas tipo aprobadas por varias comunidades autónomas. Éstas, si bien carecen de valor vinculante para los municipios, siendo una mera guía para los mismos –que pueden adoptarlas o adecuarlas a sus necesidades– interesan al objeto del presente estudio en la medida que lo previsto por las mismas puede servir de referencia en la elaboración de las ordenanzas, sin olvidar, obviamente, que numerosos municipios de las correspondientes comunidades autónomas han aprobado sus ordenanzas municipales sobre la base de lo dispuesto por éstas.

No ha sido el propósito de este trabajo hacer un estudio exhaustivo de todas las ordenanzas, sino más bien extraer, entre una muestra significativa, las peculiaridades que nos han parecido destacables, bien por su originalidad, bien por considerar que deberían estar presentes en una hipotética ordenanza creada a la luz del actual marco legal. Con ello, se pretende sistematizar y,

en la medida de lo posible, hacer algo más claro el complejo tejido normativo que constituye la regulación del ruido en nuestro país.

1. La regulación vía ordenanza de la calidad acústica ambiental: determinación de las áreas acústicas, objetivos de calidad acústica de cada área, índices acústicos y formas de medición de la contaminación acústica

Los artículos 7 a 10 de la LR determinan las áreas acústicas y atribuyen al Estado competencias para el establecimiento de los parámetros de calidad acústica para cada tipología de área acústica. Así, el artículo 8 de la LR marca la tipología mínima de dichos criterios, que deberán ser establecidos reglamentariamente.² Este marco normativo, de carácter básico,³ debe ser completado por las comunidades autónomas. Debe advertirse, sin embargo, que las distintas normas autonómicas en materia de contaminación acústica, vigentes en el momento de aprobarse la LR, ya establecen los límites de emisión acústica de las actividades e instalaciones, así como los de inmisión en los inmuebles contiguos, en función de las zonas en las que se encuentren los mismos y del momento del día en que se produzcan las emisiones.

Ello obliga a entender que estas normas (y las ordenanzas locales dictadas a su amparo) están vigentes en cuanto no contradigan la LR, caso en que las ha desplazado (o derogado); que deberán modificarse para adaptarse a la nueva legislación estatal y que el ámbito objetivo de la potestad normativa local se ve reducido en cuanto al establecimiento de las categorías y parámetros abstractos y que el ejercicio de la potestad mantendrá su trascendencia (en colaboración con el planeamiento urbanístico) en cuanto a la concreción territorial de las áreas acústicas.

1.1. Unidades de medida. Intensidad, frecuencia y duración

Para afrontar las cuestiones vinculadas con la calidad acústica ambiental debemos detenernos en algunas no-

1. Como señala A. BLASCO ESTEVE, "Idas y venidas en la lucha contra el ruido", en *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre de 2000, págs. 272 y 273, el ordenamiento jurídico dota a los municipios de amplias atribuciones en materia de intervención en la lucha contra el ruido. Por un lado, la LBRL, además de la obligación para los municipios de más de 50.000 habitantes de prestar los servicios mínimos previstos, entre los que el artículo 26 señala la "protección del medio ambiente", en su artículo 25 contiene numerosos títulos para fundar la política municipal de protección frente al ruido: "protección del medio ambiente", "salud", "urbanismo", "defensa de los consumidores". Junto a ello, la Ley general de sanidad atribuye a los ayuntamientos el control de los ruidos y vibraciones en su artículo 42.3.b). Por su parte, y como se verá, el Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial aprobada por el Real decreto legislativo 339/1990 (TALT), contiene algunos preceptos sobre control y prohibición de ruidos. De todos modos el Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955 ya permitía una actuación municipal sobre la base de

la "policía de tranquilidad", como admitió la STS de 5 de julio de 1976. Además de ello, y como se verá, la LR permite a los municipios tipificar infracciones en relación con el ruido procedente de usuarios de la vía pública en determinadas circunstancias y el producido por las actividades domésticas o los vecinos, cuando exceda de los límites tolerables de conformidad con los usos locales. Dicha tipificación ha sido reforzada por la aprobación de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que ha modificado la LBRL.

2. La disposición adicional duodécima de la LR establece como límite del desarrollo reglamentario en las áreas acústicas industriales "el principio de proporcionalidad económica".

3. La disposición final primera, "Fundamento constitucional y carácter básico", establece que la ley "se dicta al amparo de las competencias exclusivas que al Estado otorga el artículo 149.1.16 y 23 de la Constitución, en materia de bases y coordinación general de la sanidad y de legislación básica sobre protección del medio ambiente".

ciones técnicas que ayudarán a comprender con mayor facilidad los parámetros y unidades de medida usados por las normas reguladoras de la contaminación acústica.

En este sentido, hay que tener clara la distinción entre “sonido” y “ruido”. El sonido es “La sensación percibida por el oído humano, producidas por rápidas fluctuaciones de presión en el aire”, mientras que el ruido es “El sonido indeseado y, por lo tanto, molesto”,⁴ lo que implica, como se verá, que la apreciación del nivel de ruido tenga una importante carga subjetiva. Por tanto, el sonido son variaciones de presión en el aire, y por ello se mide en unidades de presión. En este sentido, como quiera que la relación entre las presiones que es capaz de soportar el oído humano es mayor a un millón, en vez de medirse en pascuales (Pa), se usan escalas logarítmicas (con lo que los resultados a menudo pueden ser difíciles de comprender para quienes no estén familiarizados con ese tipo de expresiones). La unidad usada es el decibelio (dB). Cada unidad de decibelios representa un escalonamiento basado en las capacidades del oído humano. Así, un valor de 0 decibelios equivale al silencio absoluto, mientras que un valor de 140 se asimila al límite del dolor.

Como se podrá comprobar, hay que tener en cuenta que por lo general el ruido proviene de una pluralidad de fuentes (por ejemplo, el ruido proveniente del tráfico rodado, o de los locales nocturnos, donde al ruido procedente de los aparatos musicales se une el de la conversación de los clientes y el de los demás aparatos de funcionamiento del local) y que el resultado del efecto acumulativo de las presiones sonoras no es la suma del ruido emitido por todas las fuentes de ruido (la suma de dos fuentes sonoras iguales añade 3 dB). Por su parte, también hay que tener en cuenta que el ruido se atenúa 6 dB cada vez que se dobla la distancia a la fuente (así, un ruido de 90 dB, a dos metros de distancia será de 84 dB y a cuatro metros, de 78 dB).

En relación con el ruido, es difícil evaluar el grado de molestia, al tratarse de un parámetro subjetivo. En este sentido, la medida del grado de molestia se puede efectuar mediante escalas que tengan en cuenta la frecuencia del ruido.

La frecuencia u onda sonora expresa el número de vibraciones por segundo, o, lo que es lo mismo, “el número de ciclos completos de oscilación que suceden en la unidad de tiempo”,⁵ y su unidad de medida son los

hertzios (Hz). El ruido está compuesto por un amplio rango de frecuencias que componen el espectro del ruido, oscilando el margen audible entre 20 Hz y 20.000 Hz. Cuanto mayor sea el componente de las altas frecuencias, más molesto será el ruido para el oído humano. Por tanto, la respuesta del oído no es la misma en todas las frecuencias. En este sentido, la sensación que produce un sonido determinado depende del espectro de frecuencias que lo componen. Siendo ello así, limitarse a medir el nivel de presión sonora total proporciona una información poco útil.

Por ello, para que los aparatos simulen la respuesta del oído, se han introducido las curvas estándar de ponderación. Estas curvas actúan como filtros, de modo que en la respuesta discriminan el peso relativo de cada frecuencia en el conjunto del espectro de frecuencias, intentando seguir aproximadamente la respuesta subjetiva del oído humano. Los tipos de curvas de ponderación usados se denominan con las letras A, B, C y D. Cada una atenúa progresivamente por debajo de cierta cantidad de Hz, simulando la respuesta del oído con intensidades bajas, medianas, altas y muy altas, respectivamente. La curva de ponderación A atenúa progresivamente las frecuencias por debajo de 1.000 Hz, llegando a eliminar las muy bajas. De dichas escalas es la más usada para la medida del ruido, debido a que su respuesta a las distintas frecuencias es la que mejor se correlaciona con la forma de percibir el sonido por el oído humano. Actualmente es la que se ha impuesto, usándose para cualquier intensidad, salvo para la ponderación del ruido de los aviones, donde se usa la curva de ponderación D. En el caso de las normas que ahora estudiamos se usa la curva de ponderación A, usándose como unidad los dB(A) o dBA.

Otro factor a tener en cuenta es la variación en el tiempo del ruido, pues el tiempo de exposición influye en su percepción por parte de la población. Si un ruido es intermitente, se pueden tolerar mayores intensidades sonoras o la misma intensidad durante períodos más largos, que si se trata de un ruido continuo.⁶ En este sentido, cada vez está más difundida como escala de medida de la exposición prolongada al ruido el nivel de presión acústica continua equivalente (L_{Aeq}), un parámetro acumulativo de ruido que establece la media de los distintos niveles sonoros en un período, o el nivel constante de ruido. La LRGal lo define en su artículo 2.2.3

4. J. M. OCHOA PÉREZ y F. BOLAÑOS, *Medida y control del ruido*, 1990, pág. 9 y ss.

5. J. M. SANZ, *El ruido*, Unidades Temáticas Ambientales de la Dirección General del Medio Ambiente, MOPU, 1990, pág. 10 y ss.

6. Como indican J. M. OCHOA PÉREZ y F. BOLAÑOS, *op. cit.*, págs. 18 y 19, atendiendo a su duración, se establecen varias categorías de ruido. Así, un ruido se considera continuo cuando los niveles de presión acústica y el espectro de frecuencias varía en función del tiempo lentamente sobre pequeños márgenes (es el caso del ruido originado por máquinas y a menudo por el ruido ambiental de fondo). Por su parte, un ruido es fluctuante cuando tanto los

niveles de presión acústica como el espectro de frecuencias varían de forma aleatoria en función de un margen más o menos grande, pudiendo éste considerarse a su vez periódico o no, en función de la repetición del ruido (el ruido del tráfico sería fluctuante no periódico). Se considera que un ruido es fluctuante cuando su nivel sonoro comienza y termina dentro de un período de tiempo más o menos largo (sería el caso del ruido de un avión o de un tren). Finalmente, el ruido de impacto consiste en un incremento brusco y de corta duración del nivel de presión acústica (como el golpe de un martillo o de cierto tipo de música). Como se verá, esta variedad de sonidos se tiene en cuenta en el momento de efectuar las correspondientes mediciones.

como “El nivel de presión acústica eficaz ponderado y promediado durante un tiempo de medición”.

Los niveles día/noche (LDN) derivan del nivel de ruidos continuo equivalente, con la única diferencia de que éstos intentan describir la molestia en lugar de un nivel continuo equivalente. Por ello, se introduce una ponderación de ciertos dB para el ruido nocturno (por ejemplo, entre las 22 y las 7 horas), teniendo en cuenta el aumento de molestia del ruido durante la noche. En consecuencia, éste nivel introduce una “penalización” de cierto nivel de dBA durante el período nocturno, por asumirse mayor molestia durante el mismo.

Por su parte, el Lden, introducido recientemente en la política de la Unión Europea y contemplado ahora por la directiva, cubre no sólo día y noche sino también el período de la tarde (que en el caso de la directiva se “penaliza” con 5 dBA, es decir, exige un nivel de ruido inferior en 5 dBA para la tarde al considerarse que en ese período el grado de molestia es mayor).

1.2. Zonas acústicas y criterios de calidad acústica. La zonificación. Criterios

El artículo 7 de la LR establece el mínimo de áreas acústicas que las comunidades autónomas deberán prever en atención al uso predominante del suelo,⁷ y el artículo 8, que el Gobierno desarrollará reglamentariamente los criterios de delimitación de los distintos tipos de áreas acústicas y los objetivos de calidad acústica aplicables a cada uno de ellos, entre los que deberá incluir los valores límite de emisión e inmisión y la

determinación de los distintos intervalos horarios (día/noche).

En este marco normativo, y a la espera de que se produzca el indicado desarrollo reglamentario, hay que estar a lo que establece la regulación autonómica, que tendrá que adaptarse a lo que disponga la nueva norma. La regulación autonómica, más que una gran diversidad de zonificaciones establece una gran diversidad de denominaciones de las mismas, agrupando por usos predominantes las distintas partes del territorio que presentan un mismo nivel de percepción acústica.⁸

Acerca de la zonificación, únicamente señalar que aunque sea de gran utilidad, resulta muy problemática cuando se hace un uso del suelo por actividades incompatibles, cosa que sucede a menudo.

1.3. Los mapas de ruido

Los mapas acústicos incluyen amplia información sobre la salud acústica de las áreas urbanas y constituyen una herramienta para la corrección del ruido excesivo. En efecto, dicho instrumento tanto sirve como herramienta para el planificador, en el diseño de la expansión de la ciudad, como para la gestión de los problemas vinculados con el ruido, al permitir la adopción de medidas de control de los niveles de emisión. Así, son de gran utilidad en el diseño de planes de circulación de vehículos, como criterio orientativo para el otorgamiento de licencias y autorizaciones, o en el diseño de planes de acción. Obviamente, también serán de gran utilidad para la determinación de las distintas áreas acústicas.

7. a) Sectores del territorio de uso residencial. b) Sectores del territorio con predominio de suelo de uso industrial. c) Sectores del territorio con predominio de suelo de uso recreativo y de espectáculos. d) Sectores del territorio con predominio de suelo de uso terciario, distinto del contemplado en el párrafo anterior. e) Sectores del territorio con predominio de suelo de uso sanitario, docente y cultural que requiera de especial protección contra la contaminación acústica. f) Sectores del territorio con predominio de suelo de infraestructuras de transporte, u otros equipamientos públicos que los reclamen. g) Espacios naturales que requieran una especial protección contra la contaminación acústica.

8. El artículo 5 de la LRCat, siguiendo con lo que ya había establecido la ordenanza tipo, distingue únicamente zonas de sensibilidad acústica alta, moderada y baja (A, B, C), en función del nivel de percepción del ruido admitido y sin determinar los usos del suelo asignados a cada caso. Un esquema parecido es el previsto por la LRGal, cuyo anexo distingue en su artículo 7 cuatro zonas de sensibilidad acústica: zona de alta, de moderada y de baja sensibilidad acústica y una zona de servidumbre, que comprende “los sectores del territorio afectados por servidumbres sonoras a favor de sistemas generales de infraestructuras viarias, ferroviarias u otros equipos públicos que las reclamen”. Además de ello, dicha ley contempla la posibilidad de declarar zonas específicas cuando se considere que circunstancias especiales lo exijan, como prevé la LRCat.

El RDAn, en términos similares a lo que en su momento previó la ordenanza tipo, prevé en su artículo 11 la siguiente zonificación, en función de los usos predominantes: tipo I: área de silencio (uso sanitario, docente, cultural y espacios naturales protegidos, salvo zonas urbanas); tipo II: área levemente ruidosa (uso residencial, zona verde, excepto los casos en que constituyen zonas de transición, adecuaciones recreativas, campamentos de turismo, aulas de la naturaleza y senderos); tipo III: área tolerablemente ruidosa (uso

de hospedaje, uso de oficinas o servicios, uso comercial, uso deportivo, uso recreativo); tipo IV: área ruidosa (uso industrial, zona portuaria, servicios públicos no comprendidos en los tipos anteriores); tipo V: áreas especialmente ruidosas (comprende servicios del territorio afectados por servidumbres sonoras a favor de infraestructuras de transporte autovías, autopistas, rondas de circunvalación, ejes ferroviarios, aeropuertos y áreas de espectáculos al aire libre, carreteras, transporte aéreo). El Decreto 48/1998, de 30 de julio, de protección del medio ambiente frente al ruido en la Región de Murcia (anexo I), y la Orden foral de 20 de agosto de 1987, de medidas previas para la elaboración de un plan de control de ruido y vibraciones (artículo 15), aunque no contemplen una designación para las distintas zonas, en líneas generales prevén una clasificación similar a efectos de determinar los niveles máximos de emisión, en función de los distintos usos el suelo.

El DRMad prevé en su artículo 10 siete tipos de área, distinguiendo entre el ambiente exterior y el interior. Para el ambiente exterior el esquema previsto es bastante similar al descrito, mientras que para el ambiente interior se prevé dos tipologías más: tipo VI: área de trabajo (zona del interior de los centros de trabajo, sin perjuicio de la normativa específica en materia de seguridad e higiene en el trabajo) y tipo VII: área de vivienda (zona del interior de las viviendas y usos equivalentes en la que se diferenciará entre la subzona residencial habitable, que incluye dormitorios, salones, despachos y sus equivalentes funcionales, la subzona residencial servicios, que incluye cocinas, baños, pasillos, aseos y sus equivalentes funcionales, y la subzona de hospedaje).

Finalmente, el DRIBal únicamente distingue del resto de zonas las industriales o turísticas.

En algunos casos, como sucede con el DRMad, se prevé la existencia de zonas de transición, en los que se definen valores intermedios entre las zonas colindantes.

La DR prevé la elaboración de mapas de ruido, siendo éstos el punto de partida para el establecimiento de planes de acción y la planificación acústica. Siguiendo lo dispuesto por la directiva, la LR (artículos 14 a 16 de la LR) obliga a elaborar mapas de ruido a 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 de la norma. El artículo 15.2 de la LR dispone que éstos contendrán información, en relación con los valores acústicos existentes o previstos en cada área entre otros, así como la cantidad de población sometida a los mismos. La norma prevé unos plazos de adaptación bastante amplios. Sin embargo, hay que esperar que en su momento los municipios obligados por la norma elaboren sus respectivos mapas, lo que constituirá una herramienta nueva a la que habrá que estar para observar la determinación de los valores límite aplicables, entre otras cuestiones.

Algún autor ha cuestionado la utilidad y necesidad de los mapas de ruido, por entender que la protección jurisdiccional ha sido posible y efectiva sin necesidad de objetivar toda la contaminación acústica mediante este instrumento, haciendo hincapié en su alto coste.⁹ En contra de dicho parecer, hay que tener en cuenta que los mapas acústicos no son más que una herramienta de predicción y gestión, que permite, entre otros, la adopción de medidas tanto de prevención como de corrección del ruido actual, y si bien es cierto que tienen unos costes considerables, no puede olvidarse que la falta de datos objetivos establecidos por el poder público traslada el coste a los que sufren el impacto del ruido, que deben sufragar las pruebas periciales en vía jurisdiccional para objetivar la contaminación y el daño sufrido.

9. J. MARTÍ MARTÍ, "Comentarios a la Ley 37/2003, del ruido, y al nuevo marco de protección frente a la contaminación acústica", en *Diario La Ley* núm. 5976, 2004, cuestiona la necesidad de elaborar mapas acústicos. En este sentido, en relación con la regulación de los mismos hecha por la LR, además de los elevados costes de su elaboración, señala que "la jurisprudencia nunca ha condicionado la aplicación de la acción de cesación, de la acción negatoria de la inmisión, del delito contra el medio ambiente, etc., a un determinado número de decibelios. Siempre ha sabido, con acierto, entender que estábamos ante una inmisión sonora con independencia que la medición sobrepasara o no unos determinados decibelios". Por ello entiende que es innecesaria la previa definición de la zona con incidencia acústica dentro del mapa de ruido. Al respecto, el mencionado autor cita varias sentencias en las que los tribunales han tenido en cuenta el carácter molesto o perjudicial de la inmisión, llegando a la conclusión de que "[...] si la jurisprudencia ha conseguido la solución al caso concreto, a la inmisión producida en el hecho enjuiciado, y si existir el neonato 'mapa de ruido', será que no es necesaria la aplicación de la teoría del decibelio para decidir si nos encontramos o no ante una inmisión sonora".

10. El ruido producido por la voz humana en una conversación normal se estima en unos 50 dBA. La OMS (B. Berglund, T. Lindvall, 1995) recomienda en las áreas exteriores un nivel de 45 dBA durante la noche y de 55 dBA durante el día. Un nivel de entre 60 y 65 puede producir en determinadas personas molestias e incluso dificultades en el sueño. A partir de 85 dBA, se considera que un ruido supera la "zona de peligro" y su exposición prolongada puede llegar a causar lesiones.

1.4. Valores máximos de recepción y niveles límite de emisión

También en el caso de la fijación de los valores máximos, ante la falta de una norma reglamentaria que fije los objetivos de calidad acústica aplicables a cada una de las distintas áreas, los municipios deberán respetar los valores establecidos por las respectivas normas autonómicas, pudiendo éstos fijar valores más restrictivos. En este sentido, las distintas normas autonómicas establecen los valores máximos de recepción tanto en el ambiente exterior como en el interior.¹⁰ Éstos se fijan en función del horario y de la zona en que se encuentre. Al respecto, no se observan grandes diferencias. Como es lógico, los niveles más estrictos se exigen para los centros sanitarios, siéndole más permisivo para las zonas industriales.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que se trata de valores medios. Por tanto, una puntual emisión por encima de dichos parámetros no implicará que éstos se hayan incumplido, sino que ello deberá desprenderse de la medida de los distintos niveles sonoros en cierto período de tiempo, medidos, como se verá, de acuerdo con los métodos que dichas normas prevén.

En relación con los valores guía de inmisión en el ambiente exterior, el RRAnd puede servir de referencia, pues prevé valores muy similares a los que las normas autonómicas en la materia han establecido para sus respectivas comunidades autónomas. Ésta prevé para el exterior de las edificaciones los siguientes valores, en función de las distintas áreas acústicas: tipo I: 60 dBA para el día y 50 para la noche; tipo II: 65 y 55; tipo III: 70 y 60, y tipo IV: 75 y 70.¹¹ A diferencia de las otras normas autonómicas, dicha norma prevé niveles límite de ruido

11. En términos prácticamente idénticos, la LRCat establece los siguientes valores: zona de sensibilidad A: 60 dBA para el día y 50 para la noche; B: 65 y 55; C: 70 y 60. Por su parte, la norma hace mención especial a las vías o travesías urbanas en las que la intensidad media de vehículos diaria sea igual o superior a 25.000 vehículos, en los que los valores guía de inmisión en el ambiente exterior se incrementan en 5 dBA. Este supuesto ha dado lugar a la previsión de valores de atención, constituidos por aquellos niveles de inmisión superior al valor límite de inmisión, aplicable a las infraestructuras de transporte viario, ferroviario, marítimo, aéreo a las vías urbanas y las actividades existentes en el momento de entrada en vigor de la ley. Para éstos, la ley prevé la elaboración de planes específicos de medidas para minimizar el impacto acústico. Los niveles para estos valores pueden incrementarse de 3 dBA (como se prevé durante el día en las zonas de sensibilidad acústica moderada, que pasan de 65 a 68 decibelios) a 10 dBA, como en las zonas de alta y baja sensibilidad acústica por la noche, que pasan a ser de 50 a 60 y de 60 a 70 respectivamente. También en Galicia, la LRGal se mueve dentro de los valores máximos previstos por las dos normas indicadas. La norma prevé la posibilidad de que los ayuntamientos autoricen una ampliación determinada de carácter temporal de los niveles máximos en el ambiente exterior. Asimismo, se remite a los planes generales de ordenación urbana, que deberán delimitar las zonas de sensibilidad acústica. Lo indicado también lo prevé la OTRGal. Por su parte, en la Comunidad Valenciana, la LRVal asigna los valores máximos en cuatro zonas clasificadas en función de su uso dominante: sanitario y docente: 45 dBA de día y 35 dBA de noche; residencial: 55 y 45; terciario: 65 y 55 e industrial: 70 y 60. Como se verá, los valores máximos

ambiental en las fachadas de las edificaciones, estableciendo para áreas de silencio un máximo de 55 dBA para el día y de 40 para la noche, y en áreas especialmente ruidosas de 75 y 65, respectivamente.

En cuanto a los valores límite de inmisión en el ambiente interior, hay que tener en cuenta que revisten de gran importancia, al estar en juego derechos fundamentales, por cuanto un exceso de ruidos en el interior del domicilio podría suponer una vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18 de la CE). En relación con los niveles máximos en el interior de las viviendas, se puede observar una evolución. En efecto, inicialmente se preveían, para el interior de las viviendas, valores límite de hasta unos 30 dBA. Sin embargo, ya son bastantes las normas que han reducido dicho límite, estableciendo valores de hasta 25 dBA para las zonas de alta sensibilidad acústica en el período nocturno,¹² medida digna de celebrar, por cuanto un nivel de 30 dBA ya puede impedir conciliar el sueño a los sectores de población más sensibles.¹³

En relación con los valores límite de emisión, las que lo hacen se centran en el ruido producido por los ve-

hículos a motor, permitiéndose niveles superiores a mayor potencia y capacidad del vehículo. Las que no lo hacen, toman como valor de referencia los niveles de inmisión establecidos por la propia norma.¹⁴

Acerca de los límites máximos de emisión permitidos para los vehículos a motor, hay que tener en cuenta lo dispuesto por dos normas básicas estatales, a saber, el Decreto 1439/1972, de 25 de mayo, del Ministerio de Industria, y el Reglamento número 9 de 17 de octubre de 1972, en desarrollo del Acuerdo de Ginebra de 20 de marzo de 1958.¹⁵

Por su parte, la LRCat, que se remite a la Directiva 2000/14, de 8 de mayo de 2000, que regula las emisiones sonoras al entorno producidas por las máquinas de uso al aire libre, y sus normas complementarias, fijando como horario de funcionamiento de la maquinaria entre las 8 y las 20 horas, salvo las obras urgentes.¹⁶ En cuanto a los vehículos en reposo, se remite a los valores establecidos en la ficha de homologación de cada tipo de vehículo y motocicleta. La norma hace especial referencia a los vehículos destinados al servicio de urgencia, que deberán disponer de un mecanismo de regulación

por debajo de la media de los niveles de recepción externos contrastan con unos niveles de recepción internos algo elevados.

El DRMur también prevé los valores máximos indicados. En Madrid, el DRMad también establece valores similares para las zonas consolidadas urbanísticamente a la su entrada en vigor como valores objetivo a alcanzar. Para las zonas que a la entrada en vigor del mismo se prevean nuevos desarrollos urbanísticos, se prevén unos valores entre cinco y diez dBA por debajo, que no se podrán sobrepasar. En las zonas consolidadas, cuando su situación acústica determine que no se alcancen los valores objetivo fijados, no se podrá instalar ningún foco emisor nuevo si su funcionamiento ocasiona un incremento de 3 dBA o más en los valores existentes, si supera ciertos valores establecidos por la norma, entre los primeros y los segundos.

También en Navarra, la OFRNav prevé valores inferiores para las distintas zonas: sanitaria: 50 dBA de día y 30 de noche; residencial o docente (sin talleres ni tráfico importante) o patios de manzana cerrados: 55 y 45; residencial o docente (con talleres o tráfico importante: 60 y 50; comercial y servicios: 65 y 55 e industrial: 70 y 60). En su artículo 22, dicha norma dispone que los niveles sonoros equivalentes de tráfico no podrán ser superiores a 65 dBA durante el día y 55 dBA durante la noche en las fachadas de los edificios sanitarios, docentes o residenciales, pudiendo admitirse incrementos no superiores a 5 dBA sobre los valores previstos por la norma en los tramos diarios, cotas características topográficas u otras circunstancias particulares que determinen un trazado obligado.

En Extremadura, el DREx prevé unos niveles de recepción externo especialmente bajas en el caso de las zonas hospitalarias (contando el centro y un radio de 25 m desde la fachada del edificio), al prever un máximo de 35 dBA, tanto para el día como para la noche. Para las zonas "residencial-comercial", se prevé un máximo de 60 dBA de día y 45 dBA de noche. Para las zonas industriales y de preferente localización industrial, 70 dBA de día y 55 dBA de noche.

Por su parte, la OTRCMancha establece para las áreas de silencio (equiparables a las áreas de baja sensibilidad acústica) unos valores más bajos que las normas mencionadas, fijando para el día un máximo de 45 dBA y para la noche un máximo de 35 (anexo I, tabla núm. 1A). Para el área especial no se establece limitación alguna.

12. Así lo prevén la LRCat, la LRGal, la LRVal, así como el DRCLéon y el RRAn.

13. De todas las normas autonómicas, la LRCat es la que prevé valores más bajos para el ambiente interior: zona de sensibilidad A: 30 de día y 25 de noche; B: 35 y 39; C: 35 y 30.

También la LRGal prevé valores bastante bajos, permitiendo hasta 40 dBA de día y 35 dBA de noche para las zonas que requieren menor protección

acústica. En el caso de la LRVal, sorprendentemente se prevé para las zonas comunes de los locales de uso sanitario y residencial un máximo de 50 dBA de día, siendo éste el nivel de recepción interno más elevado previsto por dicha norma, junto con las zonas comunes de uso residencial, para las que también se prevé dicho valor.

En Extremadura, si bien se prevé para los establecimientos hospitalarios un máximo de 30 dBA tanto para el día como para la noche, al igual que en Galicia el nivel máximo de inmisión en el ambiente interior es de 40 dBA, para los locales administrativos y de oficinas.

En el otro extremo estaría el DRMur, que prevé para las zonas de uso sanitario y docente un máximo de 45 dBA de día y de 35 dBA de noche, valores ciertamente elevados.

En Madrid, se prevén valores inferiores para los edificios de uso residencial habitable que para las áreas de trabajo en edificios sanitario y docente. Para las primeras se prohíbe la producción de unos niveles de inmisión por encima de 35 dBA de día y 30 de noche, mientras que para los segundos, 40 de día y 30 de noche.

El RRAn El DRMad permite para las zonas de comercio hasta 55 dBA de día y 45 dBA de noche, y en Castilla y León, se prevé para dichas zonas un máximo de 55 dBA de día y de 40 dBA de noche.

En Castilla-La Mancha, la OTRCMancha asigna un límite en función del uso de los distintos locales a los que se transmitirá el ruido, estableciendo un mínimo de 30 dBA para los equipamientos de uso sanitario y bienestar social y un máximo de 55 dBA, para las zonas el período diurno en las zonas de comercio (anexo I, tabla núm. 1).

14. A título de ejemplo, ver el artículo 14 de la LRVal. Dicha ley se remite a lo que reglamentariamente se establezca al respecto.

15. A ellas se remiten tanto el DRIBal como el DRMad. Éste se remite sin más a dichas normas, mientras que el otro sí hace referencia expresa a los valores máximos permitidos, tolerando hasta 91 dBA para los vehículos destinados al transporte de mercancías cuyo motor tenga potencia igual o superior a 200 CV.DIN y cuyo peso máximo autorizado exceda de doce toneladas (tabla 3). Para los ciclomotores de menor cilindrada se fija un máximo de 80 dBA y para los vehículos destinados al transporte de personas con capacidad para hasta 9 plazas, incluido el conductor (lo que correspondería al vehículo de cuatro ruedas más habitual, el límite está en 82 dBA).

16. Aunque sea anterior a dicha norma, también hay que entender la remisión hecha por el DRMur incluye dicha norma, cuando dispone en su artículo 22 que el nivel sonoro permitido por el vehículo al circular o con el motor en marcha no podrá exceder de los límites que establezca la normativa de la UE vigente en más de 5 dBA.

de la intensidad sonora de sus dispositivos acústicos, de modo que en un período nocturno los niveles se comprendan entre los 70 y 90 dBA.¹⁷

El gran problema en relación con el ruido emitido por los vehículos a motor es la dificultad de proceder a la medición de los niveles emitidos por los mismos, al tratarse de una fuente móvil. Por ello, como se verá, generalmente la eventual inmovilización del vehículo o, en su caso, de la incoación del correspondiente expediente sancionador, se basa en la falta de dispositivo silenciador o una mera sospecha de que se supera el límite máximo permitido para un determinado vehículo, procediéndose a la medición en un momento posterior.

Finalmente, en relación con el ruido interior en los locales de ocio que dispongan de aparatos de música, como se verá, suele estar entre los 85 y 90 dBA, pudiéndose en ocasiones superar dichos niveles si se advierte a los clientes del local de los riesgos para la salud de tener que soportar dichos niveles de ruido.

1.5. La medición y valoración del ruido. Indicadores de ruido

Como se ha indicado, uno de los elementos que hay que tener en cuenta en la valoración del ruido es su duración, expresada con la presión acústica equivalente (Leq), que establece la medida de distintos niveles sonoros de un período o nivel constante. La DR se maneja con los indicadores Lden y Lnight,¹⁸ distinguiendo entre día (de 7 a 19 horas), tarde (de 19 a 23 horas) y noche (de 23 a 7 horas). El uso de dichos parámetros es obligatorio para la preparación y la revisión de los mapas estratégicos de ruido (artículo 5), si bien se permite utilizar los indicadores de ruido nacionales “hasta tanto no se usen con carácter obligatorio métodos comunes de evaluación”, siempre y cuando se demuestre que de dichos métodos se obtienen unos resultados equivalentes. Por su parte, la directiva dispone que los estados miembros podrán aplicar los indicadores distintos tanto para la planificación acústica como para la determinación de las zonas de ruido.

La DR da algunas pautas acerca de los métodos de evaluación para los indicadores de ruido. En este senti-

do, se permite que un Estado que disponga de ellos los aplique, siempre y cuando los adapte a las definiciones de los indicadores que figuran en su anexo I. Asimismo, se deberán cumplir los principios aplicables a las mediciones medias a largo plazo en las normas ISO 1996-2:1987 e ISO 1996-1:1982. La propia norma advierte que en la mayoría de los casos será necesario añadir la tarde como período a tener en cuenta, así como la introducción de la media a lo largo de todo un año.

Por su parte, la DR establece en su anexo II que la determinación de los valores Lden y Lnight se podrá hacer mediante cálculos o mediante mediciones. En este sentido, la DR da especial importancia a la medida del ruido, refiriéndose a la necesidad de establecer ciertos métodos comunes de evaluación del ruido ambiental, a los que se refiere en su artículo 6.

En tanto que no se aprueben los correspondientes métodos de cálculo, la DR se remite a la normativa técnica sectorial, teniéndose que adaptar los métodos a la definición de Lden y Lnight. En cuanto a la medición y valoración de ruidos, hay que tener en cuenta la existencia de una normativa técnica que lo regula.¹⁹

La LR únicamente contiene el compromiso del gobierno de regular los métodos de evaluación para la determinación de los valores de los índices acústicos, así como un reglamento de homologación de instrumentos y procedimientos que se empleen en la evaluación de las entidades a las que, en su caso, se encomiende ésta.

Sin embargo, hay que destacar el esfuerzo hecho por la mayoría de las normas autonómicas en materia de contaminación acústica por detallar las reglas de medición y valoración de ruidos y vibraciones. Por ello sería conveniente que la eventual regulación estatal se remitiera en lo esencial a los métodos que éstas ya vienen usando. Dichos procedimientos, hay que tener en cuenta que son aplicables también en los procedimientos de inspección.

En cuanto a la regulación autonómica, la LRCat puede servir de referente. Ésta establece en sus anexos un sistema de protocolos en concordancia con los procedimientos que establece la directiva.²⁰ También numerosas ordenanzas han trabajado en ello, detallando las condiciones que deben cumplir los aparatos, el lugar desde el

17. En Andalucía, el RRAn también prevé un máximo de 80 dBA para los ciclomotores de menor cilindrada. Para los vehículos para el transporte de personas con capacidad para ocho plazas como máximo más el conductor, el límite máximo se fija en los 88 dBA. Finalmente, los vehículos destinados al transporte de mercancías cuyo peso sea superior a doce toneladas y con motor de potencia igual o superior a 147 kW, no podrán emitir por encima de 90 dBA. Dichos valores son más restrictivos que los previstos por algunas ordenanzas anteriores a la norma, como la de Granada, que prevé valores de hasta 109 dBA para los vehículos parados. Convendría, pues, que ésta y las demás ordenanzas que contravinieran lo dispuesto por dicha norma de adaptaran a los nuevos parámetros.

Por su parte, OTRCMancha dispone en su anexo II (tablas 1 y 2) valores máximos para motocicletas y ciclomotores, en función de su cilindrada

(un máximo de 78 dBA para las de menos de 80 centímetros cúbicos hasta un máximo de 86 dBA para las de más de 500 centímetros cúbicos).

18. La Directiva 2002/49 define como indicadores de ruido “una magnitud física para describir el ruido ambiental, que tienen relación con el efecto nocivo”. Lden corresponde al nivel día-tarde-noche (tomando las iniciales de “day”, “evening” y “night”). Dichos indicadores están definidos en la norma ISO 1996-2:1987, determinado a lo largo del período de un año.

19. En relación con los sonómetros: Norma UNE-EN-60651, 1996 o la Norma CEI-651; Normas CE-804-85.

20. En cuanto al resto de normas autonómicas, disponen lo siguiente: La LRGal, lo regula en el capítulo III del anexo, de técnicas de medición.

El RRAn prevé en su anexo III las Normas de predicción y valoración de ruidos y vibraciones y aislamientos acústicos, y en su anexo IV prevé las

que deben efectuarse las mediciones y la duración, así como la cantidad de mediciones necesarias. Una de éstas que puede servir de referencia es la ordenanza de Granada.²¹

De todos los procedimientos de medición previstos por las normas autonómicas y por numerosas ordenanzas, merece la pena destacar algunos de los elementos comunes en dichas normas. En líneas generales, lo que se persigue es, por un lado, corregir los elementos que puedan afectar al nivel de ruido analizado (como el ruido ambiental, el ruido de fondo, etc., lo que supone la introducción de coeficientes de corrección). Por otro lado, que las condiciones en las que se efectúa la medición en el caso de que el ruido no se esté emitiendo en ese momento (así, para el otorgamiento de la correspondiente licencia) se asemejen al máximo a aquellas en las que se produce el ruido real. En este sentido, se prevé lo siguiente:

–Período de evaluación. Así, por ejemplo, determinar que no se tengan en cuenta los valores obtenidos en fin de semana.

–Método de cálculo del nivel de evaluación. En el caso de la LRCat, se indica que las mediciones deberán incluir todo el período horario y que el muestreo se efectuará a partir de mediciones de duración corta en distintos intervalos de tiempo representativos de las variaciones de tráfico.

–Lugar de la medición. Éste variará en cada caso, en función de si se trata del ruido en el interior de ciertas instalaciones, en la calle, el ruido procedente de vehículos a motor, etc. Así, en cada caso variarán la altura a la que deban situarse los aparatos, la distancia de los mismos de paredes (en cuyo caso será necesaria la aplicación de cierta corrección, que podrá ser de 3 dBA

atendiendo a las características de la edificación del lugar).

–Condiciones de la medición. En este sentido, las condiciones meteorológicas deben ser representativas. De no ser así, se aplicarán los correspondientes mecanismos de corrección (como el uso de pantallas antiviento o la protección del sonómetro con una borla antiviento).

–Equipos de medida. Necesidad de comprobar el funcionamiento del equipo.²²

En líneas generales se suele hacer especial referencia al procedimiento de medición del ruido producido por los vehículos a motor.²³ Previendo los métodos de medida de los mismos, distinguiéndose entre los vehículos en movimiento y los parados y detallándose la distancia a la que debería situarse el vehículo del sonómetro, los intervalos de tiempo en los que se debe efectuar la medición, el tipo de sonómetro a utilizar. En cualquier caso, para la determinación del procedimiento hay que tener en cuenta lo dispuesto por la Directiva 97/24/CE, relativa a determinados elementos y características de los vehículos a motor de dos o tres ruedas y a las prescripciones de la norma ISO 5139-1962.

Por su parte, también se prevé un procedimiento para la medición del ruido en los locales de ocio que dispongan de aparatos musicales o realicen actividades musicales, a fin de comprobar la adecuación a las exigencias normativas para el otorgamiento de la correspondiente licencia.²⁴ Al respecto, se exige acertadamente que cuando se proceda a la medición de dichos valores, se tenga en cuenta el ruido de los elementos del local, aparatos que funcionen en el local, como extractores, cámaras frigoríficas, etc.²⁵ En este sentido, lamentablemente, las ordenanzas olvidan una fuente

Medidas de niveles sonoros producidos por vehículos a motor, distinguiendo las motocicletas y ciclomotores de los vehículos de cuatro o más ruedas. El DRCLeón prevé en la sección segunda del capítulo primero normas de valoración de los niveles sonoros y las precauciones a tomar ante posibles errores. En Extremadura, el RREx correspondiente prevé en su anexo I la Descripción de los métodos operativos empleados para realizar las diversas mediciones acústicas.

En Baleares, el anexo I del DRIBal únicamente prevé los Métodos y aparatos de medida del ruido producido por los vehículos automóviles. El DRMad se remite en su anexo II a las normas ISO en la materia. En Murcia, el DRMur regula en su capítulo IV la Medida y calificación de los niveles sonoros como resultado de inspecciones o estudios.

En cuanto a las ordenanzas tipo, finalmente, la OTRCMancha prevé en su capítulo II los protocolos de medida y criterios de valoración de ruidos, previendo un procedimiento general para todas las mediciones y estableciendo algunas medidas correctoras.

21. En su anexo II, "Normas de medición y valoración de ruidos y vibraciones", la norma prevé lo siguiente: 1. Equipos de medidas de ruidos. Sonómetros. 2. Criterios de medición de ruidos en el interior de los locales (inmisión) 3. Criterios de valoración de la afección sonora en el interior de los locales (inmisión) 4. Criterios para la medición de ruidos en el exterior de los recintos (emisión) 5. Criterios de afección sonora en el exterior de los locales (emisión) 6. Criterios de medición de vibraciones en el interior de los locales 7. Criterio de valoración de las afecciones por vibraciones en el interior de los locales 8. Medida del ruido producido por vehículos automóviles. También la

ordenanza de Campezo regula extensamente las precauciones a tener en cuenta al efectuar las mediciones del nivel de ruido interior (NRI) (anexo I), para el nivel de ruido exterior (NRE) (anexo II), entre las que se prevé la consideración de las características ambientales, entre otros, la corrección del ruido de fondo (anexo III) o la corrección de tonos audibles (anexo III). Por su parte, el anexo IV de la ordenanza de Murcia contiene un cuadro práctico en el que se indica la forma de medir el ruido, la situación del sonómetro u otras observaciones en relación con la corrección del nivel de ruido.

22. En este sentido, ver el artículo 34 del Reglamento de Valladolid o el artículo 10 de la ordenanza de Campezo.

23. Artículo 4 y ss. de la ordenanza de Balenyà. Artículo 18 de la ordenanza reguladora de San Sebastián.

24. Al respecto, el artículo 3 de la ordenanza de Utiel establece lo siguiente: "Los servicios municipales procederán a la comprobación de su efectividad llevando a cabo una medición del ruido en la vivienda o viviendas afectadas y en el interior del establecimiento, con la asistencia obligatoria de un técnico competente contratado por el titular de la instalación y a su cargo, reproduciendo en el equipo a inspeccionar un sonido con el mando del potenciómetro de volumen al máximo nivel, fijando el límite de sonido en el interior del local en un máximo de 90 dB(A), de modo que no se produzca una transmisión de sonido o vibraciones a viviendas o locales habitados superior a los límites establecidos en la presente ordenanza."

25. En este sentido, ver el artículo 3 de la ordenanza de Utiel o el artículo 18.4 de la ordenanza de Zarautz; el artículo 37 de la ordenanza de Ferrol o el artículo 130 de la ordenanza de Carrión de Calatrava.

importante, cual es el ruido producido por las conversaciones de quienes se encuentran en el local, que, como consecuencia del elevado ruido, deberán elevar el tono de voz. Con ello, si para un local se fija un máximo de 90 dBA, con el ruido producido por las conversaciones de los clientes, puede llegar hasta 100 dBA en el caso de gritos, lo que supone que la sensación de molestia se multiplica por dos.²⁶ El problema llega cuando el nivel de aislamiento se ha previsto para una cantidad de ruido inferior, lo que supondrá un incremento de la transmisión del sonido prevista al interior de las viviendas colindantes. Por tanto, el resultado de la medición no será representativo del nivel de molestia real.

En relación con el sujeto que deberá llevar a cabo la inspección, generalmente serán los agentes de la policía local,²⁷ como se verá en el correspondiente apartado. Aun así, en algunas ocasiones se permite que terceras empresas efectúen mediciones.²⁸ En algunas ocasiones, acertadamente, al personal técnico que debe practicar las mediciones se le exige una formación especial.²⁹

En el caso de las comunidades autónomas que por el momento todavía no hayan previsto un método para la evaluación del ruido, o lo hayan hecho de forma parcial, en tanto que no se apruebe la esperada norma estatal, podrán estar a lo establecido al respecto por las normas técnicas mencionadas. Asimismo, mientras no se aprueben dichas normas, se plantea la duda de si las ordenanzas de las comunidades autónomas carentes de dicha regulación podrían estar a las técnicas previstas por las otras comunidades autónomas. Al respecto, hay que entender que nada lo impide, siempre y cuando se respete lo establecido por la directiva.

Por último, advertir que la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones en relación con el procedimiento a seguir para la medición del ruido. En algunas ocasiones, se ha pronunciado en relación con la preparación técnica de quienes se encarguen de efectuar las mediciones, con resultados contradictorios. Así, en alguna ocasión se ha declarado que no era necesario que las mediciones se efectuaran por un especialista si los medios usados y el procedimiento seguido eran los

adecuados,³⁰ mientras que en otras ocasiones se ha declarado lo contrario. Asimismo, se ha hecho referencia a la presencia de interesados al acto de medición, llegando a declarar la nulidad de la prueba,³¹ aunque en algunos casos no se ha exigido.³² En cuanto a la medición, se ha declarado que ésta debe ofrecer garantías suficientes para evitar vulnerar el principio de presunción de inocencia, como se indica en las STSJ de Extremadura de 16 y 18 de mayo de 1999, en las que la prueba documental no señalaba ciertos extremos (como el día y hora de la práctica de la medición, la persona que debería practicarla, la forma de llevarla a cabo y la indicación de si se contó con la presencia del interesado), lo cual, según el Tribunal, impedía a éste conocer los datos de hecho necesarios para defenderse de la actuación administrativa y no constituía actividad probatoria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, con lo que el Tribunal estimó el recurso por no existir “prueba suficiente que permita sostener la imputación que se efectúa [...]”.

Por tanto, la observación del procedimiento reviste gran importancia, pues el no hacerlo puede implicar un resultado desfavorable, pese a que efectivamente se hubiesen superado los niveles de ruido establecidos y por más molestias que se hubiesen podido ocasionar.

1.6. El día, la tarde y la noche

En cuanto a la determinación de las distintas etapas del día, la DR y la LR suponen un cambio en la actual regulación de los mismos. La principal novedad con respecto los períodos horarios trazados por las normas autonómicas y ordenanzas es la introducción del concepto “tarde”.

En efecto, la DR dispone que el día tendrá una duración de doce horas, la tarde de cuatro y la noche de ocho. Dicho horario se podrá alterar por los estados miembros, pudiéndose reducir el período vespertino en una o dos horas, previendo que las situaciones locales pueden variar. En ese caso, se indica que ello deberá establecerse “para todas las fuentes”. De acuerdo con lo

26. Cfr. J. PINEDO HAY, *El ruido del ocio. Análisis jurídico de la contaminación acústica producida por las actividades de ocio*, Barcelona, 2001, pág. 35.

27. El artículo 34 del Reglamento de Valladolid establece que corresponde al servicio municipal competente y a los agentes de la policía municipal a los que se asigne este cometido el ejercicio de la función inspectora tendente a garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en este reglamento.

28. Así lo prevén el RRAAnd, que en su artículo 38 establece que los incluidos en los anexos I y II de la Ley 7/1994, de protección ambiental, sean realizados por una ECA de la Consejería de Medio Ambiente en materia de protección ambiental, autorizada para actuar en el ámbito de ruidos y vibraciones, mientras que en los demás casos los estudios y ensayos podrán ser realizados por técnicos acreditados para la realización de los ensayos específicos, según lo dispuesto por la normativa de dicha comunidad autónoma. Por su parte, el artículo 3 de ley extremeña prevé un procedimiento para la homologación de empresas o entidades para efectuar mediciones en contaminación acústica y vibraciones.

29. En este sentido, la ordenanza de San Sebastián dispone lo siguiente en su artículo 31:

“Personal técnico competente. 1. Este Ayuntamiento podrá exigir que se acredite una formación adecuada en acústica al personal técnico que realice proyectos e informes sobre temas acústicos. 2. Para la realización de mediciones acústicas, en el anexo 4 se establecen diferentes niveles de capacitación técnica en función del tipo de medida y grado de incertidumbre.”

La ordenanza de Campezo va más allá y detalla los niveles de capacitación para la realización de las mediciones acústicas.

30. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en las STS de 22 de septiembre de 1995 (Aranzadi 1996/6845) y de 19 de enero de 1996 (Aranzadi 1996/286).

31. Así lo indican las STS de 24 de octubre de 1997 (Aranzadi 1997/7237) o, siguiendo con esta línea, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 5 de junio de 1998 (Aranzadi 1998/2661), o la STSJ de 3 de octubre de 2001 (Aranzadi 2001/86337).

32. STSJ de Galicia de 29 de noviembre de 2002 (Aranzadi 2003/113231).

indicado, la directiva establece los siguientes horarios, aplicables por defecto: día, de 7 a 19 horas; tarde, de 19 a 23 horas, y noche, de 23 a 7 horas.

La LR se limita a contemplar la división del día en estos tres tramos, remitiéndose al correspondiente desarrollo reglamentario para su concreción.

En cuanto a la actual normativa autonómica, se puede observar disparidad de criterios entre las mismas. La LRGal (lo mismo que la ordenanza tipo) y la LRVal marcan un horario diurno de 8 a 22 horas, y uno nocturno de 22 a 8 horas. Así también lo prevé el RREx. Sin embargo, varios de los reglamentos más recientes establecen un horario diurno de 7 a 23 horas, y el nocturno de 23 a 7 horas. Así lo prevé el RRAnd (siguiendo con lo que en su momento previó la ordenanza tipo), y los decretos de Castilla y León, de las Islas Baleares, de Madrid y la OFRNa. Por su parte, en Murcia el período diurno es el comprendido entre las 7 y las 22 horas y el nocturno entre las 22 y las 7 horas.

En el caso de las ordenanzas estudiadas, se mueven dentro de dichos parámetros, previendo una disparidad de horarios aún mayor.³³

Al respecto, el eventual desarrollo reglamentario de la LR implicará la necesidad de adaptar dichas ordenanzas en el caso de que lo contravengan. En este sentido, tal vez sería conveniente que, como la directiva comunitaria, el nuevo reglamento diera amplio margen de libertad a las comunidades autónomas y municipios para determinar los períodos horarios en función de su ritmo y sus necesidades. En cualquier caso, se observa una tendencia a tomar como referencia los intervalos horarios de 7 a 23 horas.

De todos modos, se plantea una duda importante: del mismo modo que en lo que respecta a los valores límite se permite el establecimiento de valores más restrictivos, ¿qué horario se debe entender que es más restrictivo?

Junto a ello, la actual regulación de la materia plantea otras dudas. La única norma que considera el horario vespertino es la LRCat, que en su anexo 12 hace referencia a los indicadores de molestia global, mañana-tarde-noche, de la inmisión sonora en el ambiente exterior. Ésta determina que el horario diurno es el comprendido entre las 7 y las 21 horas, la tarde, de 21 a 23, y la noche, de 23 a 7 horas. Ante ello, se plantea la duda de si el margen que concede la DR permitiría su supresión. Sin embargo, sobre esta cuestión ya se ha indicado que la DR permite la reducción de dicho período, pero no que se suprima.

Ante ello, conviene plantearse cuál es la finalidad per-

seguida por la norma comunitaria al introducir dicho factor. Como sucede en otros aspectos, la DR ha tomado tal vez un patrón de conducta algo alejado de la realidad de los países del sur de Europa. En efecto, en los del norte es posible observar a partir de cierta hora de la tarde un notable descenso del nivel de ruido, dada la disminución de la actividad, de modo que el nivel de ruido aceptable a esa hora será inferior a la del resto del día. Sin embargo, en los países del sur, dicha distinción no tiene tanto sentido, por desarrollarse la actividad hasta mucho más tarde.

Siendo ello así, hay que tener en cuenta cuál es la utilidad práctica de la división horaria. Al respecto, decir que ésta se debe tener en cuenta para la medición del ruido, en la que ya se ha visto que se usan los parámetros *Lden* y *Lnight*, así como para el establecimiento de los valores máximos de emisión. En cuanto a la medición, como se ha podido comprobar, la directiva prevé que tanto para la planificación acústica como para la determinación de las zonas de ruido se puedan establecer otros parámetros, si bien para la elaboración de los mapas de ruido son obligatorios. Sobre esta cuestión, habrá que respetar dicho esquema.³⁴ Por su parte, el marcar el inicio y fin del día permite determinar el nivel de ruido esperado en cada momento. Así, el establecimiento de dichos horarios condiciona el desarrollo de las distintas actividades, de modo que, por ejemplo, hay que entender que el paso de la noche al día supondrá la exigencia de unos niveles más bajos, y viceversa. Siendo ello así, teniendo en cuenta los horarios establecidos por defecto por la DR, hay que entender que no se ajustan a la realidad de nuestro país, no únicamente por la existencia del parámetro de tarde, sino también por los horarios diurno y nocturno. Como se ha indicado, dicho horario es coherente con el patrón nórdico, donde la actividad empieza antes y se reduce a partir de cierta hora de la tarde. Sin embargo, en nuestro país: ¿qué sentido tiene que el período diurno tenga inicio a las 7 de la mañana? ¿Puede suponer una licencia para permitir, por ejemplo, el inicio de obras en la vía pública? Ante ello, lo más coherente sería permitir la posibilidad de fijar horarios distintos para ciertas actividades, como hace por ejemplo la LRCat, que, como se ha visto, alarga el período nocturno en relación con las actividades vecinales. Acertadamente, la ley tiene en cuenta que el momento a partir del cual cabe esperar que disminuya el nivel de ruido en el interior de las viviendas no es el mismo que el que se puede esperar a esa hora, por ejemplo, para los locales de ocio. Sin embargo, sorprendentemente, la directiva dispone que se aplicarán los horarios a “todas las fuentes”.

Teniendo en cuenta lo indicado, y a la vista de la rigidez

33. En este sentido, la ordenanza de Córdoba y la ordenanza de Granada establecen un horario diurno de 7 a 23 horas y el nocturno de 23 a 7 horas, también previsto por la ordenanza tipo de Castilla-La Mancha. Sin embargo, la ordenanza de Cartagena y la ordenanza de Sant Cugat del Vallès estable-

cen un horario diurno de 7 a 22 horas, mientras que la ordenanza de Alicante lo fija entre 8 y 22 horas, y la ordenanza de Calvià de 9 a 24 horas.

34. De hecho, en la elaboración de los mapas de ruido más recientes ya se están usando dichos indicadores, como en el caso de Zaragoza.

que presenta la DR, el único referente con el que se cuenta es la LRCat, si bien tal vez el patrón que más se ajustaría a la realidad de nuestro país sería el siguiente: horario diurno, de 8 a 20 horas; horario vespertino, de 20 a 22 horas, y horario nocturno, de 22 a 8 horas. De todos modos, es innegable que para valorar si un horario es acertado hay que tener en cuenta también los niveles máximos asignados a cada uno. En cualquier caso, habrá que esperar el correspondiente desarrollo reglamentario. Sin embargo, teniendo en cuenta que el plazo establecido para la entrada en vigor de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido finaliza el julio de 2004, no es nada descabellado pensar que para la fecha indicada el Estado no haya llevado a cabo dicho desarrollo. En ese caso, sería conveniente que, por lo menos, las normas autonómicas se adaptaran a los dictados de la directiva, con lo que se repetiría la práctica tan habitual e incoherente de este país en materia de medio ambiente, donde las comunidades autónomas legislan y, posteriormente (y, a menudo, fuera del plazo de transposición fijado en las directivas comunitarias), el Estado fija las bases.

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

2.1. Marco normativo. Licencias y autorizaciones ambientales y licencias de actividades clasificadas (RAMINP)

En materia de medio ambiente, y, por tanto, también en relación con la contaminación acústica, siempre que sea posible, lo más conveniente será actuar antes de que se ocasione el daño, detectando las posibles fuentes de agresión. Una forma de hacerlo es mediante el sometimiento de las nuevas actividades e instalaciones que se proyecten a la solicitud de una autorización o licencia, sometiénolas a una serie de medidas correc-

toras. En este sentido, las ordenanzas municipales establecen distintas técnicas para minimizar el impacto acústico de las actividades sometidas a licencia, mediante un control de la instalación y/o modificación de las mismas. Entre las medidas previstas, se exige para el otorgamiento de las correspondientes autorizaciones o licencias la presentación de un estudio acústico que acompañe la documentación a presentar por el titular de la actividad. Asimismo, en cuanto a las medidas correctoras, se prevé el aislamiento de las fuentes emisoras del ruido hasta conseguir los niveles deseados, o la instalación de limitadores o equipos de control de la emisión.

En relación con las condiciones para la concesión de las correspondientes autorizaciones, hay que tener en cuenta el contenido de la Ley estatal 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación (LPCIC), norma que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 96/61/CE del Consejo, relativa a la prevención y control integrados de la contaminación (Directiva IPPC), así como la regulación específica en cada comunidad autónoma en materia de autorizaciones y licencias ambientales.

Actualmente son cuatro las comunidades autónomas que han desarrollado leyes siguiendo la estela de la Directiva IPPC, por medio de las siguientes normas: Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración ambiental (LIIAA); Ley 2/2002, de 19 de junio, de evaluación ambiental de la Comunidad de Madrid (LEAMad); Ley 5/2002, de 8 de octubre, de protección del medio ambiente de La Rioja (LMARioja), y Ley 11/2003, de 8 de abril, de prevención ambiental de Castilla y León (LMACLeón). De todos modos, únicamente la LIIAA³⁵ y la LMACLeón³⁶ prevén un procedimiento que abarque todas las actividades que se considera que tienen incidencia ambiental, de modo que sólo en estas dos comunidades autónomas se podrá considerar derogado el RAMINP (también conocido como Reglamento de actividades clasificadas).³⁷

Para el resto de las comunidades autónomas, sigue

35. Las actividades comprendidas en el anexo I de la misma, coinciden con el anexo de la Directiva IPPC y con el de la LPCIC. En ella, la antigua licencia municipal de actividad se convierte en licencia ambiental integrada por el Departamento de Medio Ambiente de la Generalidad de Cataluña, previo informe del ayuntamiento respectivo. Por su parte, para las actividades incluidas en el anexo II.1 o en el II.2, la licencia municipal se somete a un informe de la ponencia ambiental de la Generalidad, vinculante si es negativo, o del consejo comarcal en el caso de municipios de menos de 50.000 habitantes o que no tengan expresamente atribuida dicha función. Finalmente, las actividades incluidas en el anexo III se someten al régimen de simple comunicación, si bien los ayuntamientos están facultados a someter todas o parte de las actividades del anexo III a licencia municipal de obertura.

36. En Castilla y León, la LMACLeón desarrolla la autorización ambiental integrada de la LPCIC, regulando, además, un régimen de licencia ambiental y comunicación ambiental, en la línea de lo regulado por la ley catalana. Ésta incorpora, además, la evaluación de impacto ambiental.

Las actividades incluidas en el anexo I de la norma se corresponden en su práctica totalidad con el anexo de la ley estatal. El resto de las actividades se

someten a licencia ambiental municipal, con informe de la Comisión de Prevención Ambiental de la Administración autonómica. Las actividades incluidas en el anexo II requieren la correspondiente licencia municipal ambiental, pero no requieren el mencionado informe previo. Finalmente, las actividades incluidas en el anexo V están sometidas al régimen de comunicación ambiental.

37. La LMARioja integra en un mismo texto normativo la evaluación de impacto ambiental, la autorización ambiental integrada y la licencia ambiental, que sustituye la licencia municipal de actividad. En cuanto al procedimiento para la concesión de las licencias, se remite a un desarrollo reglamentario ulterior, por lo que sobre esta materia rige todavía lo establecido por el RAMINP. Por su parte, ley de evaluación ambiental de la Comunidad de Madrid de 2002 no llega a desarrollar la Ley estatal 16/2002, centrándose más en el procedimiento de impacto ambiental. En relación con la autorización ambiental integrada, la norma se remite en su disposición adicional tercera a un futuro desarrollo. Por tanto, la ley madrileña no regula un nuevo régimen de licencia municipal de actividad.

vigente el RAMINP o la legislación autonómica que lo haya sustituido, por cuanto la LPCIC sólo es aplicable para las actividades contenidas en su anexo I (las de mayor incidencia ambiental), de modo que el RAMINP sigue vigente para el resto de las actividades.

En cualquier caso, con independencia de la normativa aplicable al respecto, los criterios previstos por las ordenanzas para el desarrollo de las actividades generadores de ruidos son extrapolables al nuevo régimen, si éstas deben adaptarse al mismo.

Acerca del régimen previsto en la normas indicadas, cabe destacar que la LPCIC somete a autorización ambiental integrada “la construcción, montaje, explotación o traslado, así como la modificación sustancial, de las instalaciones en las que se desarrollen alguna de las actividades incluidas en el anejo I”. Las normas autonómicas mencionadas contienen previsiones similares. Sin perjuicio de las dificultades de interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados de dicho precepto –¿qué hay que entender por modificación “sustancial”?–, lo cierto es que con ello se viene a llenar una carencia de la que adolecía el RAMINP, que únicamente contemplaba el momento inicial de la instalación, olvidando que posteriormente pudiera ser necesaria la introducción de modificaciones.³⁸

En relación con el otorgamiento de licencias y autorizaciones ambientales, en la Exposición de motivos de la LR se advierte que “La intervención administrativa sobre los emisores acústicos, que ha de producirse de modo que se asegure la adopción de las medidas adecuadas de prevención de la contaminación acústica [...] no supone en ningún caso la introducción de una nueva figura de autorización administrativa”. En este sentido, la LR se limita a establecer la obligación general de cumplir las previsiones de la misma ley y sus normas de desarrollo “en cualesquiera actuaciones previstas por la normativa ambiental aplicable,³⁹ sin entrar en el contenido que deben tener las correspondientes autorizaciones o licencias, limitándose a exigir el cumplimiento de lo exigido por las normas que lo regulen. De modo que necesariamente habrá que atenerse a lo que dispongan las normas arriba indicadas, junto con las previsiones concretas que a tal efecto prevean las distintas normas autonómicas de prevención de la contaminación acústica.

Junto a ello, se prevé la prohibición genérica que las

administraciones competentes autoricen, aprueben o permitan el funcionamiento de cualquier construcción, modificación, ampliación o traslado de cualquier tipo de emisor acústico, “si se incumple lo previsto en esta ley y en sus normas de desarrollo en materia de contaminación acústica”.

Sin duda alguna, tiene una gran trascendencia la previsión hecha en la LR que permite a las administraciones públicas competentes la revisión de las “autorizaciones, licencias u otras figuras de intervención aludidas en los apartados precedentes” a efectos de adaptarlas a las reducciones de los valores límite establecidos por la norma, sin que dicha revisión entrañe derecho indemnizatorio alguno.

Como se verá, la LR tipifica como infracción muy grave 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. Para el caso de que 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, el incumplimiento de dichas condiciones se tipifica como infracción grave. También se consideran infracciones graves “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”. Ello podrá dar lugar a la revocación de la licencia.

En lo que respecta a la normativa autonómica, habrá que tener en cuenta tanto lo que disponen las normas mencionadas en relación con la concesión de autorizaciones y licencias ambientales como lo que prevean al respecto las normas en materia de prevención de la contaminación acústica.

Como se ha indicado, las normas exigen la presentación de un estudio de impacto acústico para la instalación, modificación, ampliación o traslado de ciertas actividades,⁴⁰ constituido por una memoria técnica y los planos del proyecto. Una vez instalados los correspon-

38. Sin embargo, hay que decir que, como recuerda R. EVANGELIO LLORCA, *La acción negatoria en el ámbito de las relaciones de vecindad*, Granada, 2000, pág. 236, el Tribunal Supremo ha permitido que posteriormente fueran modificadas las condiciones de la instalación y las medidas correctoras inicialmente impuestas, sin que ello implique la necesidad de obtener una nueva licencia [STS de 19 de mayo de 1999 (Aranzadi 5302, 1999)].

39. En particular, la norma enumera los siguientes supuestos:

“a) En las actuaciones relativas al otorgamiento de la autorización ambiental integrada. b) En las actuaciones relativas a la evaluación de

impacto ambiental u otras figuras de evaluación ambiental previstas en la norma autonómica. c) En las actuaciones relativas a la licencia municipal de actividades regulada en el Decreto 2414/1961 [...] o en la normativa autonómica que resulte de aplicación. d) En el resto de autorizaciones, licencias y permisos que habiliten para el ejercicio de actividades o la instalación y funcionamiento de equipos y máquinas susceptibles de producir contaminación acústica.”

40. En Cataluña, donde rige la en LIIAA, la LRCat regula en sus artículos 18 y ss. el régimen de las actividades con incidencia ambiental, exigiendo a las

dientes elementos de aislamiento, habrá que acreditar, mediante certificación emitida por el personal técnico correspondiente, que no se sobrepasan los límites establecidos, considerándose el ruido soportado por la vivienda o local más afectados.⁴¹

Donde dichas normas ponen más atención es en relación con las actividades con aparatos de música o en las que se puedan desarrollar actividades musicales, al exigirlo así la proximidad de las instalaciones con las viviendas y por concentrarse la emisión en horario nocturno. Este es el caso de Castilla y León, donde el DRCLeón (la única norma que regula expresamente las condiciones a cumplir por los niveles sonoros producidos en actividades clasificadas) se refiere, en el artículo 18, a la documentación exigida para la concesión de las mismas actividades en instalaciones con equipo de música o que desarrolle actividades musicales.⁴²

En cuanto a los costes de dicho estudio, el decreto de la Comunidad de Madrid es el único que tiene en cuenta los costes de la evaluación del impacto sonoro, estableciéndose que correrán a cargo del titular de la activi-

dad una vez aprobada (artículo 23.4).

En lo que respecta a las ordenanzas, tanto en el marco de la nueva normativa relativa a las autorizaciones y licencias ambientales como en el de la normativa de actividades clasificadas, las ordenanzas exigen la presentación de un estudio de impacto acústico.⁴³ En líneas generales, éstas lo han venido previendo sin que su contenido presente grandes variaciones. Éstas ponen especial atención a las actividades musicales, como se prevé en las OTRCMancha (que prevé que se pueda exigir junto con dicho estudio la instalación de “limitadores-controladores acústicos”)⁴⁴ y en la OTGal.⁴⁵

Algunas se refieren expresamente a la consideración del ruido que por los efectos indirectos se puede ocasionar en las inmediaciones de la instalación a fin de implantar sobre las mismas las medidas adecuadas. Al respecto, se hace referencia a aquellas que por el tráfico que generan o por otros factores exigen especial atención, como almacenes o hipermercados u otras actividades que requieran actividades de carga y descarga, entre otras.⁴⁶

En cuanto a las actividades industriales, en algunos

actividades incluidas en los anexos I, II y III de la LIIAA, y en sus modificaciones, la inclusión en el proyecto técnico que acompañe la solicitud de autorización ambiental o licencia ambiental, o en la documentación que se acompañe a la comunicación del ayuntamiento o, en su caso, en la licencia de apertura de establecimientos, un estudio de impacto acústico que debe tener el contenido mínimo establecido por el anexo 10. En términos generales, las ordenanzas en materia de ruido posteriores a la LIIAA han previsto un régimen para las actividades sujetas a régimen de autorización ambiental, licencia ambiental y licencia de actividades clasificadas.

En la Comunidad de Madrid, el DRMad establece en su artículo 18 y siguientes la obligación de presentar con carácter preceptivo un “informe de la evaluación de la incidencia acústica sobre el medio ambiente” en la tramitación de solicitudes de autorización para la instalación, modificación, ampliación o traslado de actividades catalogadas como potencialmente contaminantes por el ruido y vibraciones, “sin perjuicio de la necesidad de otro tipo de licencias de instalación o funcionamiento”. Para las denominadas “actividades catalogadas” la norma exige la presentación en el proyecto de las mismas de una memoria ambiental, en la que, entre otras cuestiones, “se evalúe el impacto acústico de la actividad y se describan las medidas de prevención y control del mismo que, en su caso, se deban incorporar al proyecto”. Sus apartados 3 y 4 son bastante ilustrativos de lo que exigen la gran mayoría de ordenanzas

3. La memoria técnica contendrá, como mínimo, lo siguiente:

“a) Descripción del tipo de actividad y horario previsto de funcionamiento.

“b) Descripción de los locales en los que se va a desarrollar la actividad, así como (en su caso) los usos adyacentes y su situación respecto a viviendas u otros usos sensibles.

“c) Características de los focos de contaminación acústica de la actividad.

“d) Niveles de emisión previsibles.

“e) Descripción de aislamientos acústicos y demás medidas correctoras adoptadas.

“f) Justificación de que, una vez puesta en marcha, la actividad no producirá unos niveles de inmisión que incumplan los objetivos de calidad establecidos para las áreas de sensibilidad acústica aplicables.”

En cuanto a los planos, la norma dispone que serán, como mínimo, los siguientes:

“a) Planos de situación.

“b) Planos de medidas correctoras y de aislamientos acústicos, incluyendo detalles de materiales, espesores y juntas.”

41. En este sentido, ver el artículo 18.3 de la ordenanza de Zarautz.

42. Al respecto, dispone lo siguiente: “Documentación exigida. Cuando sea necesario obtener la licencia de actividad en instalaciones con equipo

de música o que desarrolle actividades musicales, además de la documentación que legalmente se exija en cada caso, será preciso presentar estudio realizado por técnico competente describiendo los siguientes aspectos de la instalación:

“a) Descripción del equipo musical (potencia acústica y gama de frecuencias).

“b) Ubicación, número de altavoces y descripción de medidas correctoras (direccionalidad, sujeción, etc.).

“c) Especificación, en bandas de frecuencia, del aislamiento acústico del recinto, con detalle de situación, dimensiones y materiales que constituyen las instalaciones realizadas y las pantallas acústicas, si las hubiera.

“d) Cálculo justificativo del tiempo de reverberación y aislamiento para la totalidad del volumen del local.”

Se tendrá en cuenta además del ruido musical, el producido por otros elementos del local, como extractores, cámaras frigoríficas, grupos de presión, etcétera.

43. En Castilla-La Mancha, la OTRCMancha en su título III obliga a la presentación de un estudio de impacto acústico para “los proyectos de actividades e instalaciones productoras de ruidos” incluidas en el catálogo de actividades potencialmente contaminantes que la norma exige que se elabore. Artículo 24 de la ordenanza de Sevilla. Artículo 62 de la ordenanza de Barcelona.

44. La gran mayoría de las ordenanzas de prevención de la contaminación acústica de dicha comunidad autónoma contemplan ciertas medidas relativas a la prevención de la contaminación acústica para la concesión de licencias de instalación de actividades. Algunas de ellas se refieren especialmente a las actividades musicales y las actividades industriales. Un ejemplo de ello, lo encontramos en los artículos 131 y 132 de la ordenanza de Argamasilla de Alba, que regulan las condiciones para el otorgamiento de las licencias para actividades musicales e industriales, respectivamente.

45. De todos modos, tal vez la ordenanza que trata con mayor detalle la concesión de licencias de apertura de establecimientos públicos y actividades sea la ordenanza de A Coruña, mucho más extensa que la ordenanza tipo. Ésta les dedica el título III, de las Normas reguladoras del ejercicio de las licencias en establecimientos públicos y actividades de esparcimiento o recreativas, regulando las mismas con un grado de detalle sorprendente.

46. En este sentido, la ordenanza la OTCMancha pone especial atención a las actividades que generen un elevado tráfico de vehículos y las actividades o instalaciones situadas en zonas residenciales, a efectos de la estimación del nivel de los focos sonoros. En su artículo 18 establece que deberá prestarse especial atención a los siguientes casos: a) Actividades que generan tráfico elevado de vehículos, como almacenes, locales públicos y, especialmente, actividades previstas en zonas de elevada densidad de población o

casos se exige la presentación de un estudio técnico en el que se describan las medidas correctoras previstas referidas al aislamiento acústico del edificio.⁴⁷

Una vez adoptadas las correspondientes medidas correctoras y antes de la concesión de la licencia, se exige una valoración práctica de los resultados alcanzados con el aislamiento efectuado.⁴⁸ En este sentido, en alguna ocasión, como en la ordenanza de A Coruña, se exige expresamente la presentación de cierta documentación que certifique la realización de las mejoras oportunas.⁴⁹

2.1.1. Requisitos exigidos a las instalaciones con aparatos de música o en las que se realicen actuaciones musicales
Según se ha indicado, y como no podía ser de otro modo, en términos generales, las ordenanzas insisten en la apertura de locales que dispongan de equipos de reproducción musical.⁵⁰

En dichos locales, pueden identificarse tres problemas distintos relacionados con el ruido: el producido en el interior de los mismos –que, si sobrepasa ciertos niveles, puede causar lesiones auditivas tanto a clientes como a empleados–; las filtraciones acústicas que se pueden producir por una inadecuada insonorización del local y el ruido producido por los clientes de los establecimientos a la salida de los mismos.

En relación con el ruido que se pueda producir en el interior de los locales, numerosas ordenanzas se refieren expresamente a los niveles máximos, así como a la obligación de disponer de sonógrafos o “cajas negras”,

que controlen que no se sobrepasen dichos niveles. Obviamente, no hay que decir que el control del ruido en el interior de los locales repercutirá en el que deban soportar las fincas colindantes.

En cuanto a las medidas para minimizar los niveles de inmisión de ruido en las actividades colindantes, las ordenanzas detallan las características exigibles a dichos locales, insistiendo en el nivel de aislamiento de los mismos.

En el capítulo siguiente se hará referencia al ruido procedente de los clientes de dichos establecimientos.

2.1.1.1. Condiciones de instalación y apertura de las actividades. Niveles de aislamiento

Como se ha indicado, numerosas ordenanzas establecen como requisito previo para la instalación y apertura de las actividades el cumplimiento de ciertas medidas preventivas correctoras, cuya adecuación será comprobada previamente por la autoridad competente. En líneas generales, las mencionadas medidas se refieren al correcto aislamiento acústico normalizado de los locales, a fin de que no se sobrepasen los niveles de inmisión establecidos por la propia norma.

Acerca de las condiciones acústicas de los edificios, hay que tener presente la normativa sectorial en la materia, en concreto la existencia de la Norma básica de la edificación NBE-CA-88, condiciones acústicas en los edificios, a cuyo contenido se remiten la gran mayoría de las ordenanzas. Ésta determina el contenido mínimo exigido, pudiéndose establecer medidas de aislamiento

con calles estrechas, de difícil maniobra y/o con escasos espacios para estacionamiento de vehículos. b) Actividades que requieren operaciones de carga o descarga durante el período nocturno establecido en el artículo 5. Por su parte, la ordenanza de Murcia dispone en su artículo 28 que deberá prestarse especial atención a los siguientes casos: a) Actividades que generen un tráfico elevado de vehículos, como almacenes, hipermercados, locales públicos y especialmente discotecas, previstas en zonas de elevada densidad de población o con calles estrechas, de difícil maniobra y/o con escasos espacios de aparcamiento. b) Actividades que requieran operaciones de carga o descarga durante horas definidas como tales. c) Actividades que requieran un funcionamiento nocturno de instalaciones auxiliares (cámaras frigoríficas, centros con ordenadores, instalaciones sanitarias, etc.). d) Actividades cuyos consumidores o usuarios pudieran generar en el medio ambiente exterior niveles elevados de ruidos.

47. Éste deberá contener una descripción del local, con especificación de los usos de los locales colindantes y su situación con respecto a viviendas y un detalle de las fuentes sonoras y vibratorias y niveles de emisión acústicas de éstas. Descripción de las medidas correctoras previstas y justificación técnica de su efectividad, teniendo en cuenta los límites establecidos en este título.

En similares términos, ver también la ordenanza de Santiago de Compostela.

48. Véase como ejemplo el artículo 19 de la OTCMancha:

“Artículo 19. Valoración de los resultados del aislamiento acústico como requisito previo a la licencia de apertura. 1. Una vez ejecutadas las obras e instalaciones correctoras de los ruidos, previamente a la concesión de la licencia de apertura, se podrá exigir al titular la realización de una valoración práctica de los resultados alcanzados con el aislamiento acústico. 2. La citada comprobación de ajustará, en su caso, a lo establecido en la Norma UNE-EN-ISO 140.4 y UNE-EN-ISO 717.1 o cualquier otra norma que sustituya las anteriores.”

También en relación con la comprobación de las medidas de aislamiento (en este caso de las actividades de ocio, espectáculos y recreativas que dispongan de equipo de música o realicen actividades musicales), el artículo 41 de la OTRCat exige que los servicios municipales comprueben la efectividad de las medidas de aislamiento reproduciendo en el equipo que se debe inspeccionar un sonido con el mando potenciómetro del volumen al máximo, teniendo que añadir al ruido musical el producido por otros elementos del local, como extractores, cámaras frigoríficas, grupos de presión, etcétera.

49. Dicha norma exige lo siguiente en su artículo 82.2:

“Tanto en los expedientes de concesión de nuevas licencias como en los casos en que se hubiera requerido la realización de obras o adaptaciones en el local a fin de ajustar el ejercicio de la actividad a los límites previstos en la presente ordenanza, el titular de la actividad vendrá obligado a entregar a los servicios municipales la documentación siguiente: 2.1. Certificado de final de obra, acreditativo de que los materiales proyectados han sido efectivamente instalados. 2.2. Certificado de que las mediciones del aislamiento acústico conseguido firmado por el titulado técnico competente.”

50. Un ejemplo de ello lo encontramos en la ordenanza de Zaragoza, que en sus artículos 32 y ss. regula las condiciones de instalación y apertura de las actividades. Por su parte, la ordenanza de Santiago dedica un capítulo especial a la concesión de licencias de apertura de establecimiento públicos y actividades recreativas. Asimismo, la ordenanza de Sant Salvador de Guardiola en su artículo 13 prevé las medidas a adoptar para las actividades sujetas a régimen de autorización ambiental, licencia ambiental y licencia de actividades clasificadas. Para dichas actividades –haciendo especial referencia a bares y discotecas– la norma obliga a presentar un estudio de impacto acústico que haga referencia a todos los focos emisores, así como una evaluación de las medidas adoptadas para garantizar que no se transmiten al exterior unos valores de inmisión superiores a los fijados por la norma.

más estrictas. Junto a ello, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (LOE), contiene alguna disposición relativa a las condiciones acústicas de los edificios, al referirse a los requisitos de habitabilidad de los mismos, “de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades [artículo 3.1.c).1]. A lo establecido por dichas normas hay que agregar lo dispuesto para las construcciones en algunas de las normas autonómicas reguladoras de la protección frente a la contaminación acústica.⁵¹ Junto a ello, algunas ordenanzas se remiten también al contenido del plan general de ordenación correspondiente.⁵²

La LR no contiene ninguna disposición en relación con los requisitos que deben cumplir los edificios, pero sí acerca de la construcción de nuevas edificaciones. Al respecto, prohíbe en su artículo 20.1 que se construyan las destinadas a ciertos usos cuando se incumplan los objetivos de calidad acústica establecidos para las correspondientes áreas acústicas.⁵³ Por su parte, en el apartado segundo del artículo 20, permite que los ayuntamientos, “por razones excepcionales de interés público debidamente motivadas”, concedan licencias de construcción de dichas edificaciones aun cuando se incumplan los objetivos de calidad acústica, “siempre que se satisfagan los objetivos establecidos para el espacio interior”. Finalmente, la LR tipifica como una infracción muy grave “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”. Ello se ve complementado por la afirmación expresa de que el incumplimiento de objetivos de calidad acústica en los espacios interiores podrá dar lugar a la obligación del vendedor de responder del saneamiento por vicios ocultos de los inmuebles vendidos. Ambas medidas han de resultar en una mayor protección del adquirente o del ocupante en cuanto a las características acústicas de los inmuebles, en particular los de uso residencial.

Acerca de dicha previsión, hay que tener en cuenta

que, como señala F. J. Fernández Urzainqui,⁵⁴ el aislamiento de los edificios puede ser una cualidad de la edificación contractualmente exigible, tanto de los técnicos proyectistas y de los constructores como de los vendedores o arrendadores. En consecuencia, la ausencia o insuficiencia de aislamiento acústico podría dar lugar a la interposición de una acción de cumplimiento o resolución del contrato o de una acción de responsabilidad legal contra los intervinientes en el proceso edificatorio si se constatará que con una correcta insonorización no se hubiesen producido los niveles de inmisión existentes.⁵⁵

Finalmente, acerca de las condiciones acústicas de las edificaciones, la LR se remite al Código técnico de la edificación, previsto en la LOE, del que dice que deberá incluir un sistema de verificación acústica de las mismas.

Como se ha indicado, las ordenanzas se refieren en menor o mayor medida al nivel de aislamiento exigido a los edificios. En algunos casos, se limitan a exigir de forma genérica que las instalaciones impidan que se superen los niveles de ruido establecidos por las mismas. Sin embargo, en otras ocasiones se extienden en detallar los niveles de aislamiento acústico exigidos, así como los requisitos que deben cumplir las edificaciones. En este sentido, los niveles de aislamiento mínimos varían de una ordenanza a otra. Generalmente, para los locales de espectáculos o de actividades recreativas con actuaciones musicales o que dispongan de aparatos musicales,⁵⁶ como prevé la ordenanza de Ciudad Real.⁵⁷

En cuanto a los requisitos referidos a los elementos constructivos de las edificaciones, generalmente, para los locales mencionados se suele exigir un sistema de doble puerta o vestíbulo cerrado, que se exige que estén permanentemente cerradas (lo mismo que las ventanas), salvo para entrada y salida de las personas, a partir de cierta hora.⁵⁸ Como indican expresamente algunas normas, hay que tener presente que el cumplimiento de dichas medidas no exime del deber de respetar los niveles de emisión marcados por la norma.⁵⁹ Algunas ordenanzas se refieren expresamente al aisla-

51. Este es el caso de la LRGal, la LRCat y la LRVal.

52. Una de ellas, la ordenanza de Calvià: “Artículo 12. Condiciones acústicas en edificios. Todos los edificios deberán cumplir las condiciones acústicas de la edificación que se determinan en la Norma básica de la edificación (NBE-CA) y en las normas urbanísticas previstas en el Plan general de ordenación del municipio de Calvià. En similares términos, ver el artículo 13.1. de la Ordenanza municipal sobre protección contra ruidos y vibraciones de Cartagena.

53. El mencionado artículo dispone lo siguiente: “No podrán concederse nuevas licencias de construcción de edificaciones destinadas a viviendas, usos hospitalarios, educativos o culturales si los índices de inmisión medidos o calculados incumplen los objetivos de calidad acústica que sean de aplicación a las correspondientes áreas acústicas, excepto en las zonas de protección acústica especial, en las que únicamente se exigirá el cumplimiento de los objetivos de calidad acústica en el ambiente interior que les sean aplicables.”

54. Cfr. F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *La tutela civil frente al ruido*, Madrid, 2003, págs. 113 y 114.

55. STAP de Vizcaya de 25 de febrero de 1999 (Aranzadi 1999/3495).

56. Artículo 12 de la ordenanza de Granada.

57. Así se prevé para las actividades o instalaciones de nueva apertura en las que se genere un nivel de ruido superior a 70 dBA, en función de los niveles de ruido. Para los “locales destinados a bares, cafeterías, restaurantes, casinos, bingos, salones recreativos, gimnasios, salones de juegos electrónicos y similares”, se les exige un aislamiento acústico bruto mínimo de 60 dBA, a ruido rosa, con respecto a las viviendas colindantes (artículo 6). Por su parte, a los “locales destinados a bares especiales, pubs y similares”, se les exige un aislamiento acústico bruto mínimo de 65 dBA. Finalmente, a los “locales destinados a discotecas, discopub, cafés teatro y similares”, se les exige un aislamiento acústico bruto mínimo de 75 dBA.

58. Al respecto, se puede ver el artículo 20 de la Ordenanza de protección contra la contaminación acústica de Alicante, o el artículo 83 de la ordenanza de A Coruña.

59. En este sentido, entre otros, puede verse el artículo 129.5 de la ordenanza de Socuellamos.

miento acústico y características de techos, paredes y suelos.⁶⁰ Entre los requisitos exigidos a las normas, cabe destacar la exigencia, para los locales destinados a “café concierto, café cantante y karaoke, con niveles de emisión de 90 dBA”, de suprimir las ventanas o darles un tratamiento especial (doble o triple cristal).⁶¹

La ordenanza de Zaragoza prevé una medida interesante, cual es la exigencia a los constructores y/o promotores de nuevas urbanizaciones de realizar una evaluación previa de las condiciones acústicas de la urbanización, que deberá anexarse al correspondiente proyecto.⁶²

En relación con el aislamiento de los edificios ya se ha señalado que a menudo únicamente se tiene en cuenta el nivel acústico emitido por los aparatos. Es atendiendo al ruido emitido por los mismos que se determina el nivel de aislamiento del local y se regula el correspondiente sonómetro o limitador-controlador de sonido. Siendo ello así, si el aislamiento acústico del local es de 60 dBA, el limitador se situará como máximo a 90 dBA, de modo que teóricamente no se deberían producir ruidos en la vivienda colindante por encima de 30 dBA. Sin embargo, ya se ha visto que en ocasiones el nivel emitido puede ser superior, como consecuencia del ruido de las conversaciones.

2.1.1.2. Control del nivel de ruido en el interior de las instalaciones

Como se ha indicado, algunas ordenanzas especifican el nivel máximo de ruido permitido en los mismos, salvo que en la propia licencia de apertura se permita lo con-

trario, en cuyo caso se exige la colocación de carteles situados en lugares visibles que adviertan del peligro de lesiones en el oído. El umbral de ruido marcado suele oscilar entre los 85 y los 90 dBA,⁶³ valores ciertamente elevados que ya se ha visto que, como se ha indicado, a menudo se superan con creces.

En lo que respecta al funcionamiento de las instalaciones,⁶⁴ algunas exigen a los locales una superficie mínima útil, con objeto de que los mismos dispongan de espacio suficiente para que la actividad se pueda realizar dentro de los límites del establecimiento.⁶⁵ En otros casos, se exige que los locales se ubiquen en calles con un mínimo de metros de ancho.⁶⁶ Dichas previsiones, aunque no sean muy habituales, tienen una gran trascendencia, por cuanto muy probablemente muchos locales no puedan cumplir con dichas exigencias, al encontrarse a menudo en el centro histórico de las ciudades, lo que podría impedir el desarrollo de su actividad. En alguna ocasión también se ha previsto el establecimiento de distancias mínimas entre los locales.⁶⁷

También se exige de forma habitual que la actividad correspondiente se ejerza con las puertas cerradas,⁶⁸ lo que implica que a menudo se exija la instalación de un sistema de ventilación forzada⁶⁹ (que, a su vez, como se verá, tiene que ser instalado de modo que la transmisión de ruido no supere los límites máximos autorizados).

Generalmente se les exige, además, información relativa a los equipos, la ubicación de los altavoces y de los elementos de aislamiento, así como la instalación de aparatos limitadores-controladores del sonido.⁷⁰ Para las

60. En este sentido, la OTRGal exige en su artículo 17 una serie de medidas adicionales al estudio de impacto acústico a las actividades con equipo de música o en la que se prevea la realización de actuaciones musicales. A las mismas se les exige la adopción de una serie de medidas correctoras, que deberán comprobarse antes de la apertura de la instalación, relativas al techo, cerramientos laterales y fachadas, suelos, pilares, altavoces y otras condiciones.

61. Con cierta frecuencia, las ordenanzas detallan bastante dichos extremos. Así, la ordenanza de Cambados, en su artículo 18.3 dispone que las actividades comprendidas en los grupos II, III, IV y V deberán llevar materiales fonoabsorbentes en techos y paredes, y, siempre que las circunstancias así lo permitan, en fachadas y voladizos exteriores, entre muchos otros requisitos.

62. Artículo 8 de la ordenanza de Zaragoza.

63. En este sentido, la ordenanza de Murcia fija como máximo 85 dBA, mientras que en la ordenanza de Ferrol de permite un nivel sonoro máximo de hasta 90dBA (artículo 37.5.1); artículo 24 de la Ordenanza municipal sobre protección del medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones de Murcia; el artículo 54 del Plan general municipal de A Cañiza, que prohíbe sobrepasar los 90 dBA.

64. Aunque las ordenanzas también se refieren a otras instalaciones, como la ordenanza de Murcia, cuyo artículo 8.4 se refiere al aislamiento de los recintos en los que se alojen actividades e instalaciones industriales, comerciales y de servicios; o el artículo 82 de la ordenanza de A Coruña.

65. En este sentido, el artículo 18.f).1 de la ordenanza de Sevilla exige una superficie mínima útil de 125 m². Por su parte, el artículo 44 de la ordenanza de Santiago exige una superficie mínima para las actividades comprendidas en los grupos previstos por la norma en función del grado de molestia. En este sentido, se prevén valores que van desde los 60 m² para las actividades

comprendidas en el grupo I (bar, café; café-bar; cafetería; restaurante, mesón, grella; taberna y “edaga”) hasta los 250 m² exigidos a las actividades del grupo IV (discoteca y sala de baile; sala de fiestas; tablao flamenco; “music-hall”).

66. En este sentido, el artículo 25 de la ordenanza de Murcia dispone lo siguiente: “Con independencia de lo previsto en los artículos anteriores, en ningún caso se permitirá la instalación de bares o similares con música, con horarios de funcionamiento que transcurra en cualquier momento en la franja comprendida entre las 12 horas de la noche y las 9 horas de la mañana siguiente en edificios en calles cuya anchura sea inferior a 7 metros.”

67. En este sentido, ver la Ordenanza de Santander, cuyo artículo 13 condiciona la apertura para el ejercicio de actividades de nueva implantación el deber de mantener una distancia de 25 m en locales como bares, restaurantes, pubs y disco bar, y de 300 m en el caso de discotecas, boites y salas de fiestas, entre otros. A propósito del establecimiento de distancias mínimas, el Tribunal Supremo ha declarado en su STS de 20 de septiembre de junio de 1994 declaró que dicha medida no vulnera el principio de igualdad, por cuanto los derechos de propiedad y de libertad de empresa están condicionados a los derechos establecidos en la constitución y limitados en los artículos 4 y 30.c) del RAMINP.

68. Artículo 43 de la ordenanza Santiago.

69. Al respecto, ver el artículo 21.3.3 de la Ordenanza municipal sobre protección del medio ambiente contra ruidos y vibraciones, al referirse a las medidas que deben adoptar los titulares de actividades con niveles de emisión superiores a 85 dBA, consideradas como altamente productoras de niveles sonoros; el artículo 41 de la ordenanza tipo catalana dispone lo siguiente: “Los locales con un nivel sonoro musical inferior o igual a 75 dBA deben realizar su actividad con puertas y ventanas cerradas. Con esta finalidad, se exigirá la instalación de doble puerta y aire acondicionado.”

mismas, ya se ha indicado que es frecuente que las ordenanzas detallen aspectos relativos a la medición del ruido, siendo habitual que se especifique que junto con el ruido musical deberá tenerse en cuenta el producido por otros elementos del local, como extractores, cámaras frigoríficas, grupos de presión y otros.

2.1.1.3. Instalación de limitadores o equipos de control de la emisión. Sonógrafos y cajas negras

Como se ha indicado, en los locales con aparatos musicales o en los que se celebren actuaciones musicales, es frecuente la exigencia de aparatos limitadores y/o controladores de ruido para aquellas instalaciones en las que los niveles de emisión puedan ser manipulados por sus usuarios.⁷¹ Con dichos aparatos, acoplados a los aparatos de música, se impide que se superen los límites sonoros admisibles en el interior de las instalaciones adyacentes.⁷² No hay que decir que dicho aparato, como exigen expresamente las normas, no podrá ser manipulado por los titulares de las actividades.⁷³

La instalación de dichos aparatos es básica para el respeto de los niveles máximos establecidos por las normas. En efecto, a diferencia de otras actividades, respecto de las que se puede exigir un determinado patrón de conducta, del que se deduce que permitirá impedir la emisión de ruidos (así, circular con silenciador o respetando ciertos límites de velocidad, o exigiéndose evitar el uso de ciertos aparatos a partir de cierta hora), en este caso el único control pasa por el respeto del nivel de decibelios emitido. Obviamente, su determinación no se puede efectuar de forma intuitiva, siendo necesarios

los aparatos de medición correspondientes. En este sentido, la instalación de dichos aparatos automáticos garantiza el respeto de los niveles sin necesidad de una labor de inspección permanente, lo que supone un ahorro de medios técnicos y materiales (aunque, obviamente, dicha labor inspectora es ineludible).

Algunas ordenanzas exigen la instalación de un aparato limitador-controlador del ruido, mientras que otras distinguen los supuestos en los que se deben instalar limitadores de sonido de los que hay que instalar lo que se conoce como “caja negra”.⁷⁴

Los supuestos en los que se pueden exigir uno y otro varían. Así, en algunos casos, simplemente se apunta a la posibilidad de exigirlos, mientras que en otros casos su instalación es ineludible para los supuestos contemplados por la norma.⁷⁵ En todas las ordenanzas estudiadas, la obligación de instalar un aparato de estas características corre a cargo del titular de la actividad.

Dichos aparatos deberán estar convenientemente calibrados y homologados,⁷⁶ y se deberán someter a revisión periódica por parte de los servicios municipales.

Aunque no sea muy frecuente, en alguna ocasión, para las actividades que dispongan de este tipo de aparatos, se exige la realización de un estudio de insonorización, como hace el artículo 19 de la ordenanza de Alicante.⁷⁷

Otras normas exigen la realización de auditorías periódicas, en las que se efectúe un control sobre el funcionamiento de las medidas establecidas contra la contaminación acústica, variando la periodicidad en función del aforo de los establecimientos.⁷⁸

2.1.2. Condiciones exigidas a otras actividades e instala-

70. En este sentido, ver el artículo 20 de la ordenanza de Carrión de Calatrava.

71. Un ejemplo de ello lo encontramos en la OTRGal, que prevé en su artículo 14 la posibilidad de que los ayuntamientos establezcan la obligación “para todas las actividades de café-bar especial, pub, café concierto, karaoke, discoteca, salas de baile y salas de fiesta, güisquerías” de instalar “aparatos de control permanente de emisión fónica (sonógrafo o caja negra)”, con la finalidad de “causar la interrupción de la emisión cuando se sobrepasen los límites máximos de emisión”.

72. Artículo 6.3 de la ordenanza de Ciudad Real.

73. En este sentido, se puede observar lo dispuesto por el artículo 13 de la ordenanza de Granada.

74. En este sentido, la ordenanza de Ames exige el establecimiento de una “caja negra o sistema de control permanente de ruidos” para ciertos “pubs, cafés-cantantes, discotecas”, locales con aforo superior a 300 personas o cuando se produzcan “denuncias vecinales generalizadas e insistentes por las molestias generadas por el ejercicio de dichas actividades”, independientemente del aforo del establecimiento.

75. En este sentido, la OTRGal prevé en su artículo 14 la posibilidad de que los ayuntamientos establezcan la obligación “para todas las actividades de café-bar especial, pub, café concierto, karaoke, discoteca, salas de baile y salas de fiesta, güisquerías” de instalar “aparatos de control permanente de emisión fónica (sonógrafo o caja negra)”, con la finalidad de “causar la interrupción de la emisión cuando se sobrepasen los límites máximos de emisión”.

Sin embargo, la ordenanza de Ferrol, en su artículo 36 obliga a todas las actividades clasificadas dentro de los grupos descritos por el artículo 6 del título I del anexo, que se desarrollen en horario nocturno, aunque sea en parte, a la instalación de “aparatos de control y registro de la emisión sonora que provoquen la interrupción de la emisión cuando se superen los nive-

les máximos establecidos”. Al respecto, la norma establece obligaciones distintas para cada uno de los grupos descritos en el mencionado anexo, en función de si presentan un desarrollo normal de la actividad o se han presentado denuncias reiteradas contra los mismos. Para cada una de ellas, la norma establece la obligación de instalar un sonómetro, un sonómetro y un limitador o un mecanismo de control permanente sobre las mismas.

Por el contrario, la ordenanza de Sevilla lo exige con carácter general (entre otras medidas) para las actividades con nivel musical interior superior a 75 dBA. Para los locales con un nivel sonoro autorizado equivalente o por debajo de dicho nivel, se exige su instalación sólo para el caso de que “se compruebe reiteradamente por parte de los servicios municipales el incumplimiento de dicho nivel sonoro o la transmisión a vecinos colindantes de niveles sonoros superiores a los máximos permitidos” por la norma.

Por su parte, el artículo 130 y ss. de la ordenanza de Socuellamos, dispone lo siguiente: “Será obligatorio poner, como medida preventiva y correctora, la instalación de limitadores acústicos, en lugares de fácil acceso para su comprobación, cuyas características serán indicadas al ayuntamiento. Dicho equipo será instalado por la propiedad, mantenido a su costa y precintado por los técnicos municipales, aun cuando se haya de instalar un sistema de control, incluida línea telefónica u otro.” En similares términos, ver el artículo 132 de la ordenanza de Almodóvar del Campo.

76. En este sentido, ver el artículo 19 de la ordenanza de Sevilla.

77. Dicho precepto exige que en el estudio correspondiente se especifiquen los siguientes aspectos de la instalación: a) Descripción del equipo o actividad musical. b) Ubicación y número de altavoces. c) Descripción de los elementos de aislamiento acústico existentes y previsto. d) Cálculo justificativo de los niveles de aislamiento descrito.

78. La ordenanza de Ames en su artículo 71 exige su realización cada año o cada dos o tres, en función de si el aforo del local fuera superior a tres-

ciones

Aunque en menor medida, algunas ordenanzas también hacen referencia a los requisitos exigibles a las licencias para actividades industriales.⁷⁹

En cuanto al nivel de aislamiento previsto con carácter general para todas las instalaciones, puede ser orientativo lo dispuesto por la ordenanza de Cartagena, que en su artículo 14 establece los siguientes niveles: 30 dBA para particiones interiores y fachadas, 45 dBA para paredes separadoras de propiedades o usuarios distintos o de zonas comunes interiores, así como de elementos de separación y cubiertas, y de 55 dBA para elementos separadores de salas de máquinas,⁸⁰ aunque para ciertas actividades generadoras de niveles de ruido más elevados se exige un aislamiento acústico más restrictivo.⁸¹

En cuanto a las condiciones de las edificaciones, es común la especial referencia que se hace a lo que se podría denominar “maquinaria de funcionamiento del edificio”, como aparatos de aire acondicionado, ascensores, torres de refrigeración, servicios de distribución y evacuación de aguas, etc., exigiéndose que sean instalados de modo que garanticen un nivel de transmisión de ruidos no superior a los límites máximos autorizados por las mismas.⁸² Este tipo de previsiones son de gran trascendencia, por cuanto su correcta instalación tiene tanta o más importancia que la construcción de los elementos estructurales del edificio, pues no sólo son una fuente de ruido, sino que también son conductores del

mismo.⁸³ Ello tiene gran importancia en el caso de los aparatos de aire acondicionado, cuyo consumo en el ámbito doméstico ha experimentado un notable incremento en los últimos años. Dichos aparatos pueden ser bastante necesarios en los meses más calurosos del año, en aquellas zonas en las que el ruido nocturno sea acusado y los vecinos de las zonas afectadas opten por instalarse doble vidrio. Sin embargo, indirectamente, una medida prevista para evitar las molestias causadas por el ruido puede también causar un ruido bastante molesto para los vecinos, en especial a aquellos que no disponen de los mismos, quienes para evitar el calor pueden necesitar tener las ventanas abiertas.

2.2. Régimen transitorio

Hasta ahora únicamente se ha hecho referencia a las previsiones contempladas por la normativa con respecto a la instalación de nuevas actividades y su control posterior. Pero no hay que olvidar que las actividades existentes también deberán adaptarse al nuevo régimen previsto por la LPCIC, así como de las correspondientes normas autonómicas. En este sentido, la disposición transitoria primera de la LPCIC pone como fecha máxima para adaptarse al régimen previsto por la norma el 30 de octubre de 2007. Dicho plazo se prevé para las actividades actuales ya legalizadas, esto es, las que ya cuentan con la correspondiente licencia. En el

cientas, doscientas o cien personas; pudiéndose fijar el alcalde-presidente una auditoría con carácter puntual para los que tengan un aforo inferior a cien personas que hayan recibido denuncias vecinales, exigiéndose en ese caso el pago de una fianza.

79. Al respecto, es interesante la ordenanza de Calvià, que prevé que se declaren “zonas exentas” “aquellas zonas industriales, de servicios o de ocio que no incluyan viviendas dentro de su perímetro y que estén a una distancia mínima de doscientos metros de la vivienda mas próxima”. Según la norma “Estas zonas quedarán fuera del ámbito territorial de aplicación de la presente ordenanza municipal, regulándose, por lo tanto por la normativa de la comunidad autónoma en materia de ruidos y de actividades clasificadas”. Para el resto de las actividades industriales, la norma exige la realización del correspondiente estudio técnico, que se deberá adjuntar al proyecto, y en el que se prevean las correspondientes medidas correctoras y se haga constar la información que, con carácter general, se ha visto que debe contener el mismo.

80. En relación con los niveles de aislamiento, ver el artículo 14 de la ordenanza de Alicante; o el artículo 48 de la Ordenanza municipal reguladora de la emisión y recepción de ruidos, vibraciones y condiciones de los locales de Santiago.

81. En este sentido, el artículo 28 de la OTRAnd exige un aislamiento acústico más restrictivo a los cerramientos de las edificaciones en las que se ubiquen actividades o instalaciones que generen un nivel de ruido superior a 70 dBA, en función de los niveles de ruido producidos en su interior y su horario de funcionamiento. Así, para “los establecimientos de espectáculos públicos, actividades recreativas y comerciales, con equipos de reproducción/ampliación sonora o audiovisuales, salas de máquinas en general, talleres de chapa y pintura talleres con tren de lavado automático de vehículos, talleres de carpintería metálica, de madera y similares, así como actividades industriales donde se ubiquen equipos ruidosos que puedan generar más de 90 dBA” (tipo 2), se exige “un aislamiento acústico normalizado o diferencia de nivel normalizada en caso de ser recintos adyacentes a ruido aéreo mínimo de 65 dBA [...] respecto a las piezas habitables de las viviendas colindantes

con límites más restrictivos”. Asimismo, se establece que dichos locales deberán disponer de “un aislamiento acústico a ruido aéreo respecto al exterior de fachadas y cerramientos exteriores en 40 dBA [...]”. Para los “establecimientos de espectáculos públicos y actividades recreativas, con actuaciones y conciertos musicales en directo” (tipo 3) se establece que “deberán disponer de los aislamientos acústicos normalizado o diferencia de nivel normalizada, en caso de ser recintos adyacentes, a ruido aéreo mínimo [...] de 75 dBA respecto a piezas habitables de colindantes de tipo residencial distintos de viviendas o respecto a piezas habitables colindantes con el límite de nivel más restrictivo; y de 55 dBA, respecto al medio ambiente exterior y 65 dBA respecto a los locales colindantes con uso de oficinas y locales de atención al público”.

82. En este sentido, ver entre muchos otros, el artículo 8.4 de la ordenanza de Murcia; el artículo 13.2 de la ordenanza de Granada; o el artículo 24.2 de la ordenanza de Ames, que exige para los mismos que se cumplan unos niveles de prevención e implantación de aislamiento que garantice que la transmisión de sus sonidos en el ambiente exterior e interior no supere los 30 dB en horario nocturno y 40 dB durante el día; artículo 6 de la ordenanza de Ciudad Real.

83. En este sentido, la ordenanza de Sevilla prevé en su artículo 21 medidas preventivas generales en relación con las instalaciones de climatización y ventilación, centrándose en las características y ubicación de los conductos. Dicha norma también se refiere a la ubicación de otro tipo de maquinaria para el caso de que afecte a viviendas, centrándose en impedir que las máquinas entren en contacto directo con suelo, paredes u otros elementos del edificio. Entre otras medidas, la norma prohíbe la instalación de equipos de refrigeración y acondicionamiento del aire en los patios de luces interiores o en sus fachadas cuando existan ventanas de viviendas que comuniquen con dichos patios. En relación con dichos aparatos, se contempla que para los proyectos de edificios de viviendas de nueva construcción que prevean su instalación, incluyan un estudio sobre la ubicación de dichos aparatos y sobre la afección sonora que puedan provocar en los receptores afectados.

supuesto de que la solicitud fuera presentada antes de enero de 2007 sin que se hubiera producido resolución expresa por el órgano competente, se permite que la actividad continúe funcionando de forma provisional hasta que se dicte una nueva resolución, siempre y cuando se cumplan los requisitos de carácter ambiental exigidos por la normativa ambiental aplicable. Lamentablemente, dicha previsión es por lo menos cuestionable. Ciertamente, el ciudadano (en este caso, el titular de una actividad o instalación) no puede pagar la demora imputable a la Administración, pero tiene poco sentido condicionar que se permita o no el funcionamiento de la actividad al hecho de cumplir los requisitos de carácter ambiental cuando precisamente la finalidad de la norma es determinar si se cumplen o no dichos requisitos. ¿Acaso será el titular de la actividad quien decida *motu proprio* y sin un pronunciamiento de la Administración cesar la actividad por entender que la misma no cumple los requisitos de carácter ambiental exigidos?

Para las no legalizadas, la norma no ha previsto ninguna fecha de adaptación, lo que deja en desafortunado vacío legal. Es de suponer que las mismas deberán adaptarse a las exigencias de la ley, de modo que no queden fuera de la legalidad *ad infinitum*. En este sentido cabría interpretar que las que no cuenten con ningún tipo de licencia tendrían que adaptarse en la misma fecha, pero, lamentablemente, de acuerdo con el texto de la ley, únicamente se puede aconsejar la revisión al grado de cumplimiento de la normativa ambiental.

Finalmente, se prevé que los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la ley se rijan por el procedimiento aplicable.

En lo que respecta a la normativa autonómica, la LMACLeón también prevé el 30 de octubre de 2007 como fecha límite para la adaptación a la norma de los titulares de las instalaciones existentes, que llegado ese momento ya deberán contar con la correspondiente autorización ambiental. En cuanto a las actividades legalizadas y los procedimientos en trámite, la ley se pronuncia en idénticos términos a la ley estatal.

Por su parte, en Cataluña la LIIAA prevé en su disposición adicional primera que las actividades comprendidas en su anexo I deberán contar con la correspondiente autorización el 1 de enero de 2007, teniendo también que hacerlo aquellas actividades que lleven a cabo un cambio sustancial en su actividad antes de dicha fecha. Para las actividades comprendidas en el anexo II, el plazo para solicitar la correspondiente licencia finalizó

el 1 de enero de 2004. Por último, las actividades que a la entrada en vigor de la ley no estuvieran legalizadas, contaban con el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley. Plazo que ya finalizó.

En relación con las exigencias específicas en materia de contaminación acústica, la LR también fija el 30 de octubre de 2007 como fecha máxima para que los emisores acústicos se adapten a lo dispuesto por la misma. Como se puede comprobar coincide con la fecha máxima prevista para la adaptación a las actividades sometidas a la LPCIC. En este sentido, parece que la norma, que no prevé ninguna figura de autorización administrativa, está pensando en las actividades incluidas en el anexo I de la LPIC, que para entonces habrán tenido que solicitar la correspondiente autorización ambiental en la que se adjunte el correspondiente estudio de impacto acústico. Sin embargo, para las actividades no incluidas en dicho anexo hay que estar a lo dispuesto por las normas que son de aplicación, que en algunos casos prevén plazos más breves.

En este sentido, en la gran mayoría de normas sectoriales con previsiones en materia de ruido ya han transcurrido los plazos previstos por la normativa para la adaptación de las actividades existentes a la misma. Sólo en Andalucía, Cataluña y Comunidad Valenciana aún pueden existir actividades sometidas al régimen anterior a las respectivas normas. En Cataluña la LRCat dispone que los titulares de maquinaria o los que realicen actividades de las previstas por el artículo 14.3 de la ley tienen hasta el 11 de octubre de 2004 para ajustarse a los límites de emisión e inmisión previstos por la ley, si bien dicha fecha es prorrogable por decisión del alcalde. Por su parte, en la Comunidad Valenciana, la LRVal obliga a las actividades e instalaciones industriales, comerciales o de servicio, así como a la sujeta a la normativa de espectáculos, establecimientos públicos y actividades recreativas legalizadas la necesidad de adaptarse a la misma en los casos enumerados por la misma,⁸⁴ fijando con carácter general el plazo de seis meses desde la aprobación del reglamento de desarrollo de la misma, reglamento que por el momento no se ha aprobado.⁸⁵

Finalmente, en Andalucía el RRAn dispone que las actividades legalizadas a la entrada en vigor del decreto, así como las que hubiesen iniciado los trámites de aprobación con anterioridad a la entrada en vigor, tienen como plazo máximo para adaptarse al mismo el 18 de marzo de 2005 (disposición transitoria primera).

3. Regulación específica de las actividades, instala-

84. b) Cuando así se imponga como exigencia para la reapertura de los establecimientos clausurados por incumplimiento de la normativa vigente en la sanción recaída como consecuencia de la infracción de alguna de las prescripciones contenidas en la legislación que resulte de aplicación. c) cuando se realicen modificaciones, ampliaciones o reformas que excedan de las

obras de mera higiene, ornato o conservación; d) Si se incumplen de forma reiterada los condicionantes acústicos que permitieron su concesión.

85. Quedan exceptuados de dicha obligación las licencias de obra emitidas con anterioridad, que seguirán rigiéndose por la normativa anterior.

ciones, maquinarias e instrumentos potencialmente contaminantes

Los municipios gozan de un amplio margen en lo que se refiere a las actividades domésticas o los comportamientos de los vecinos, al quedar excluidas del ámbito de aplicación de la LR, pudiendo las ordenanzas municipales, en virtud de lo establecido en el artículo 28.5 de la LR, tipificar infracciones en relación con “el ruido procedente de usuarios de la vía pública y con el ruido producido por las actividades domésticas o los vecinos, cuando exceda de los límites tolerables de conformidad con los usos locales”.

Como se verá, durante mucho tiempo, algunas de las actividades que se estudiarán estuvieron reguladas exclusivamente por el Derecho civil, en el marco del denominado “derecho de vecindad”. Poco a poco, el Derecho público fue tomando importancia. En este sentido, las denominadas ordenanzas de policía y buen gobierno regularon durante tiempo dichas materias, concernientes al día a día de la ciudad, con el objetivo de velar por el cumplimiento de unas normas mínimas de convivencia en la comunidad. Sin embargo, poco a poco dicha materia ha venido siendo regulada por ordenanzas específicas de lucha contra el ruido, cuyo contenido nos disponemos a estudiar.

En relación con el régimen de las materias mencionadas, cabe decir que, más allá de los niveles máximos de emisión marcados por las normas, las exigencias de las ordenanzas, en muchos de los aspectos que se verán, pasan por no “superar en caso alguno los límites que exige la convivencia ciudadana”,⁸⁶ teniéndose que intentar, en todo caso, evitar perturbar el descanso o la tranquilidad de los vecinos.⁸⁷

3.1. Vehículos a motor

El parque automovilístico en los municipios, lejos de disminuir, aumenta de forma imparable. El mismo crecimiento de las ciudades (que, de hecho, más que ciudades se han convertido en aglomeraciones urbanas, al aumentar cada vez más la interdependencia de las grandes ciudades con los municipios periféricos) ha incrementado a niveles impensables hasta hoy la dependencia del vehículo privado, incluso en municipios

medianos. Mientras que el nivel de ruido exterior considerado como aceptable es de 65 dBA, cada vez son más los *puntos negros* en las ciudades en los que debido al tráfico los niveles de ruido exceden de dicha cantidad.⁸⁸ Así, el nivel de contaminación acústica se ha visto incrementado a niveles que las ciudades no están preparadas para asumir. Surgen, por tanto, nuevos problemas a los que hay que dar respuesta.

Las principales medidas para prevenir el ruido proveniente de los vehículos a motor son básicamente dos: por un lado, mediante un control de la emanación del ruido procedente de los motores, con un control del mantenimiento y conservación de los mismos; por otro lado, estableciendo medidas referidas a la circulación y conducción de los mismos. Algunos municipios lo han hecho en ordenanzas centradas en la regulación de los vehículos a motor, si bien lo habitual es que se inserten en ordenanzas de prevención de la contaminación acústica.

En lo que se refiere al tráfico, los municipios tienen atribuidos amplios poderes. En efecto, la LBRL, además de las competencias en materia de “protección del medio ambiente” entre los servicios mínimos municipales obligatorios previstos para municipios de más de 50.000 habitantes (artículo 26), tienen atribuida en su artículo 25 competencia en materia de tráfico, vías públicas y transporte público. Al respecto, hay que tener presente que se trata de una competencia atribuida al Estado con carácter general, por lo que habrá que atenerse a lo dispuesto por la normativa básica estatal, que es bastante extensa y detallada.⁸⁹

Sin embargo, el artículo 7 del TALT atribuye a los municipios competencia en la ordenación y control del tráfico en las vías urbanas de la ciudad, así como sobre el control y vigilancia y eventual sanción. Ello les permite adoptar medidas como restringir la circulación o condicionarla, así como establecer limitaciones a la velocidad.⁹⁰

Aunque en ello no tengan competencia los municipios, hay que tener presente la existencia de una normativa técnica en relación con la construcción de los vehículos, que puede permitir mitigar los efectos acústicos de los mismos.⁹¹ Por su parte, en cuanto a la homologación de los vehículos, hay que atenerse al procedimiento establecido por la normativa básica estatal.⁹²

En lo que se refiere a las condiciones de funciona-

86. Artículo 38 de la ordenanza de Calvià.

87. En este sentido, ver el artículo 42 de la ordenanza de A Coruña.

88. B. TELLO RIPA (comp.), *El malestar ambiental de la ciudad*, Madrid, 1999.

89. TALT; Real decreto 13/1992, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general de circulación, para la aplicación y desarrollo del Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial; Real decreto 2822/1998, por el que se aprueba el Reglamento general de vehículos; el Decreto 1439/1972, de 25 de mayo, de homologación de vehículos automóviles en lo que se refiere al ruido por ellos producido y, finalmente, el Real decreto 320/1994, de 25 de febrero, por el que se aprueba

el Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.

90. J. ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente y Administración local*, AA.VV., pág. 253.

91. J. PÉREZ MARTOS, *Ordenación jurídica del ruido*, Madrid, 2003.

92. Reglamento núm. 41 para la homologación de motocicletas en materia de ruido anexo al Acuerdo del Ministerio de Asuntos Exteriores de 20 de marzo de 1958 de Ginebra, o la norma que los modifique o sustituya; BOE núm. 148, de 22 de junio (métodos y aparatos de medida del ruido producido por los automóviles).

miento, se pueden observar pocas diferencias de una ordenanza a otra. De hecho, en este aspecto la normativa básica es bastante extensa y detallada. En líneas generales, en las ordenanzas se exige principalmente que los vehículos estén en buenas condiciones de funcionamiento.⁹³

Por su parte, la gran mayoría exigen que los vehículos vayan equipados con un silenciador adecuado, que deberá estar en permanente funcionamiento para evitar un exceso de ruido o ruidos extraños. También se prohíbe expresamente el uso de silenciadores ineficaces e incompletos,⁹⁴ así como circular sin ellos,⁹⁵ pudiéndose llegar a paralizar el vehículo en ese caso.⁹⁶

Junto a dichas medidas, se suele prohibir el uso de bocinas o cualquier tipo de señal acústico dentro del casco urbano, salvo para el caso de servicios públicos de urgencia, como policía, servicio de extinción de incendios o asistencia sanitaria, así como los servicios privados para el auxilio urgente de personas o defensa perentoria de bienes.⁹⁷ De todos modos, incluso dichos vehículos deben respetar ciertos límites, en cuanto al límite máximo permitido a las sirenas o las circunstancias en que las mismas pueden ser usadas.⁹⁸

En lo que respecta a la circulación de los vehículos, algunas ordenanzas prevén la posibilidad de prohibir o limitar el tráfico en aquellas zonas en las que “se afecte notoriamente la tranquilidad de la población”⁹⁹ o “se detecte un deterioro para el medio ambiente por exceso de ruido imputable a éste”.¹⁰⁰

En algunas ocasiones, parece que se ha querido tener en cuenta la práctica tan molesta de algunas personas (normalmente jóvenes) cuyo entretenimiento consiste en circular con ciclomotores y motocicletas por los núcleos urbanos solos o en grupo, a menudo careciendo de dispositivo silenciador o con éste manipulado. En

este sentido, la Ordenanza de la emisión de ruidos y vibraciones de Ciudad Real prohíbe en su artículo 30.3 “circular de forma reiterada con vehículos por los mismos itinerarios, individualmente o en grupos, de manera que en las sucesivas pasadas pueda alterarse la tranquilidad del vecindario”. En similares términos, la ordenanza de Sant Boi de Llobregat prohíbe en su artículo 31 dar vueltas alrededor de manzanas, rotondas o similares, molestando al vecindario.¹⁰¹ Por su parte, la ordenanza de Cabriels establece en su artículo 26.1 la “Prohibición de circular, producir ruidos estridentes, sobre todo en horas nocturnas, ocasionados por aceleraciones bruscas o innecesarias o falta de los dispositivos silenciadores o con estos incompletos, alterados o inadecuados”. En este caso, la norma prevé la posibilidad de restringir el tráfico en determinadas horas o lugares o inmovilizar el vehículo infractor. En supuestos como éstos las medidas mencionadas están totalmente justificadas, puesto que en este caso la libertad de movimientos de los usuarios de los vehículos decaería ante el derecho al descanso de los vecinos.

Como se verá en el correspondiente capítulo, otra medida para prevenir el ruido del tráfico es la declaración de una zona como acústicamente saturada de ruidos, que permite la adopción de ciertas medidas encaminadas a la reducción de los niveles de contaminación acústica.

En cuanto a los mecanismos de control de las emisiones procedentes de los vehículos a motor, las ordenanzas prevén un procedimiento bastante similar para el caso de que un vehículo sobrepase los niveles de ruido contemplados por las mismas. La policía local podrá formular denuncia contra los conductores que infrinjan los valores límite de emisión permitidos, debiéndose indicar en la misma la obligación de presentar el vehículo en

93. Artículo 33 de la ordenanza de Alcañiz; artículo 27 de la ordenanza de Ames: “1. Los propietarios de los vehículos deberán garantizar un estado de mantenimiento y conservación que permita que al circular no provoquen ruidos que superen los límites máximos establecidos para emisiones de vehículos por la normativa vigente.”

94. En este sentido, ver, entre muchas otras, las siguientes ordenanzas: artículo 24 de la ordenanza de Santiago; artículo 30.2 de la ordenanza de Ciudad Real; artículo 21 de la OTRCMancha.

95. Artículo 27 de la ordenanza de Ames.

96. La ordenanza de Mérida prevé la posibilidad de retirar o inmovilizar el vehículo aunque no supere los niveles de emisión establecidos si éste carece de dispositivo silenciador (“escape libre”). Dicha norma también prevé una gradación de los niveles transmitidos en poco ruidosos, ruidos y intolerables, en función de si están 3 dB(A) o menos por encima de los niveles permitidos, entre 3 dB y 6 dB(A) por encima por encima de los mismos o los superen en más de 6 dB(A). En relación con los aparatos silenciadores, la ordenanza de Zuera exige en su artículo 5 que los titulares de los talleres de venta o reparación de silenciosos, en el desarrollo de su actividad, “deberán advertir a las personas poseedoras de los vehículos de la prohibición de utilizar silenciadores que no estuvieran homologados para la circulación en vías urbanas”.

97. El artículo 18 de la Ordenanza municipal de protección del medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones de Santa Cruz de Tenerife dispone lo siguiente: “Queda prohibido el uso de bocinas o cualquier otra

señal acústica dentro del casco urbano, salvo en los casos de inminente peligro de atropello o colisión, o que se trate de servicios públicos de urgencia, como policía, contraincendios y asistencia sanitaria, o de servicios privados, para auxilios urgentes de personas.”

98. En este sentido, la ordenanza de Zuera a la que se ha hecho referencia prohíbe que las sirenas de los “vehículos de los servicios de urgencia o asistencia sanitaria, públicos o privados, tales como Policía, Bomberos, Protección Civil, ambulancias y servicios médicos” superen los 90 dBA medidos en la máxima potencia del que lo tenga instalado en la dirección de la máxima potencia. Por su parte, la norma obliga a los vehículos de los servicios de urgencia o asistencia sanitaria a usar las sirenas sólo “cuando preste el vehículo un servicio urgente, entendiendo como tal en las ambulancias el desplazamiento de la base al lugar del accidente o lugar donde radique el enfermo, y desde éste al centro hospitalario, siempre que las lesiones o enfermedad de la persona transportada aconsejen esta medida”. Asimismo se establece que “Los conductores de estos vehículos deberán utilizar la señal luminosa aisladamente cuando la omisión de las señales acústicas especiales (sirenas) no entrañe un peligro alguno para los demás usuarios y especialmente entre las 22 y las 8 horas”.

99. Artículo 28 de la ordenanza de Santiago.

100. Artículo 22 de la OTRCMancha.

101. En este sentido, ver el artículo 14 de la ordenanza de Sant Cugat del Vallès.

el lugar y horas que se indiquen para su reconocimiento e inspección. Si tras la presentación del vehículo a inspección se registra un valor superior al máximo permitido, se incoará el correspondiente expediente sancionador, concediéndose un plazo de tiempo –que varía de una ordenanza a otra–¹⁰² para reparar el vehículo y presentarlo de nuevo. La OTRCMancha y numerosas ordenanzas de dicha comunidad autónoma prevén la inmovilización del vehículo para el caso de que de la medida efectuada se registrara un nivel de evaluación superior en 6 dBA al valor límite de emisión establecido, “sin perjuicio de su traslado para su reparación”. Para el caso de que el titular del vehículo desatendiera al requerimiento de presentar el vehículo, se prevén consecuencias distintas, pudiéndose llegar a proceder a la paralización del vehículo, sin perjuicio, en su caso, de las correspondientes sanciones.¹⁰³

Por último, como se ha comentado en el correspondiente capítulo, en algunas ocasiones se prevé de forma expresa el modo en que se deberá proceder a la medida del ruido procedente de los vehículos.

Algunas ordenanzas se refieren expresamente al ruido proveniente de los vehículos destinados al servicio público.¹⁰⁴ Un ejemplo de ello lo encontramos en la ordenanza de Sant Boi de Llobregat, que en su artículo 33 se refiere a las condiciones que deben cumplir ciertos vehículos, que serán sometidos a controles periódicos para garantizar que no se sobrepasen los niveles máximos de emisión sonora. En relación con los vehículos de recogida de basura y limpieza, la norma les exige que estén provistos de los dispositivos adecuados para reducir al mínimo los ruidos propios del desarrollo de su actividad, y exige que para el servicio de recogida y limpieza se efectúe evitando manipulaciones bruscas e innecesariamente ruidosas. En cuanto a los vehículos de transporte público, se establece que serán de baja transmisión sonora. Finalmente, la ordenanza establece la (ejemplarizante) prohibición de detenerse más de dos minutos parados en la vía pública con el motor en marcha.¹⁰⁵

En relación con la recogida domiciliar de basuras, la Ordenanza municipal de protección del medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones de Santa Cruz de Tenerife exige al servicio de recogida domiciliar de basuras la presentación de un plan para su aprobación por la Alcaldía “dirigido a reducir especialmente los ruidos producidos por su actividad”, antes de la

entrada en vigor de la mencionada ordenanza.

Aunque es innegable que dichas medidas contribuyan a la reducción de los niveles sonoros, hubiese sido mucho mejor si, además, se hubiese hecho alguna previsión en relación con los horarios en que se prestan dichos servicios, tanto o más molestos que algunas actividades para cuyo ejercicio sí se establecen limitaciones horarias. En este sentido, la ordenanza de Barcelona establece que el Ayuntamiento “fijará los horarios de funcionamiento de los vehículos de su titularidad adscritos a actividades y servicios de gestión directa, con la finalidad de que ocasionen el mínimo de molestias posibles”. Dicha exigencia se hace extensible a “las empresas que realicen actividades y presten servicios por cuenta del Ayuntamiento”.

También en relación con los vehículos destinados a servicio público, el artículo 15 de la ordenanza de Zaragoza prevé el fomento del uso de vehículos “con bajos niveles de emisión sonora” tanto para los vehículos públicos como de concesionarios de obras o servicios públicos. Para ello, la norma prevé que se incorporen en los pliegos de cláusulas económico-administrativas de la contratación las cláusulas específicas al respecto.

Llegado a este punto merece la pena plantear contra quién cabría actuar en el caso de que se pudiera probar que el ruido proveniente de dichos vehículos causase molestias de cierta magnitud, y a qué jurisdicción cabría acudir. En este sentido, hay que entender que habría que actuar contra la Administración que otorgó la concesión, en virtud de lo dispuesto por el artículo 139 de la LRJPAC en relación con los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siendo competente para ello la jurisdicción contencioso-administrativa. A la misma conclusión permite llegar el artículo 134 del RCE, que establece que las reclamaciones a terceros se presentarán, en todo caso, ante el órgano de contratación, que decidirá sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y parte responsable, quedando abierta la vía contencioso-administrativa.¹⁰⁶

También tendría competencia la jurisdicción contencioso-administrativa en el caso del ruido procedente de las sirenas de ambulancias, coches de bomberos y policiales, en tanto en cuanto el ruido producido por los mismos es consecuencia directa del desarrollo de una actividad propia de la función pública [artículos 9.4 de la

102. La ordenanza de Santiago concede un plazo de quince días para ello, mientras que la OTRCMancha concede diez días.

103. En este sentido, la ordenanza municipal para conservar la calidad sonora frente al ruido emitido por los vehículos a motor de Balenyà prevé, para el caso de que se desatendiera el mencionado requerimiento sin causa justificada, que se proceda a la efectividad de la denuncia formulada con multa de 1.500 pesetas, con un nuevo requerimiento para corregir las deficiencias. En el caso de que no se atienda el requerimiento, se impondrá una

sanción por el doble de la cantidad indicada. Artículo 24 de la ordenanza de A Coruña.

104. Acerca de las actividades de limpieza y recogida de basuras, la norma ordenanza tipo andaluza se remite en su artículo 29 a los pliegos de cláusulas administrativas correspondientes, que deberán especificar los valores límite de emisión sonora aplicables a los vehículos.

105. La ordenanza de Barcelona prevé la misma medida.

LOPJ y 2.e) de la LJCAJ.

Además de las medias indicadas, caben otro tipo de soluciones a las que la normativa no hace referencia, pero que sin duda alguna contribuyen a disminuir el ruido procedente de los vehículos a motor y que se podrían adoptar en paralelo. Así, el uso de asfalto absorbente o la instalación de paneles que hagan de barrera del mismo o simplemente un fomento real del transporte público pueden contribuir a ello.

De todos modos, cabe la posibilidad de que en algunas ocasiones no sea posible la reducción de los niveles de contaminación acústica, lo que haga necesario el aislamiento de las viviendas (básicamente, mediante sistemas de doble vidrio). De todos modos, la posibilidad de aislar acústicamente las viviendas no puede ser pretexto para no adoptar las medidas pertinentes, pues se trata de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, y la solución (más en países mediterráneos, donde las condiciones climatológicas permiten y a veces exigen el tener las ventanas abiertas) no puede consistir en encerrar el receptor en su casa.

La Comunidad Valenciana es la única comunidad autónoma que dispone de una norma específica reguladora del ruido producido por los vehículos a motor. Dicha norma tiene por objeto el desarrollo reglamentario de los niveles máximos de emisión acústica admisibles para los vehículos a motor y los procedimientos de evaluación de los mismos. A tal efecto, se refiere al procedimiento a seguir en la Inspección Técnica de Vehículos en lo referente a la evaluación de los niveles de ruido. En relación con las condiciones de circulación y la función inspectora por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico rodado la norma se remite a la Ley 7/2002, con lo que tiene poco interés a efectos de lo que se está estudiando en el presente capítulo.

Finalmente, en relación con el ruido generado por el tráfico, simplemente apuntar que a pesar de que éste sea el principal causante de molestias (en nuestras ciudades se calcula que el tráfico es el causante objetivo de aproximadamente el 80% del ruido),¹⁰⁷ ello no tiene correlación en la percepción que ciudadanos de la molestia ocasionada por el mismo, como sucede, por ejemplo con las actividades de ocio nocturno. Como apunta A. Cano Murcia,¹⁰⁸ tal vez ello se deba al hecho de que el grado de molestia se asocie con fuentes de

contaminación individualizadas, localizables. Sea por el motivo que sea, lo cierto es que nos hemos acostumbrado a convivir con él, asumiéndolo como algo normal y, aún peor, inevitable. Pero, si existe voluntad política para ello, hay suficientes herramientas como para, si no eliminarlo, contribuir al menos a su reducción.

3.2. Aparatos de alarma

La regulación relativa a la tenencia y uso de aparatos de alarma y dispositivos sonoros no presenta grandes variaciones de una norma a otra. En líneas generales, se prohíbe el funcionamiento de cualquier alarma o señalización de emergencia, excepto por causas justificadas. Así, su puesta en funcionamiento requerirá de autorización expresa, pudiéndose activar tanto en las pruebas de instalación como en operaciones de mantenimiento.

Como dispone la Ordenanza general del medio ambiente urbano de Barcelona en su artículo 53, relativo a los avisadores acústicos, dicho régimen “tiene por finalidad regular la instalación y el uso de los sistemas acústicos para tratar de reducir al máximo las molestias que puedan ocasionar, sin disminuir la eficacia”.¹⁰⁹

El nivel máximo autorizado para dichos dispositivos suele variar, oscilando entre los 80 y los 90 dBA.¹¹⁰

En cuanto a los daños que pudieran causar los aparatos de alarma (así, las sirenas de un parque de bomberos), recordar que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo sería competente para conocer de “cualquier pretensión dirigida a obtener su cese o la indemnización de los daños originados por ellas” cuando fuera consecuencia directa del desarrollo en el inmueble de una actividad propia de la función pública.¹¹¹ Diferente sería el caso de que se produjeran molestias a las actividades vecinas sin conexión alguna con la tarea o función pública, como el uso en edificios institucionales de aparatos de alarma convencionales, en cuyo caso cabría acudir a los tribunales civiles.¹¹²

3.3. Actividades de ocio

Si durante el día la principal fuente de ruido es el tráfico, durante la noche indiscutiblemente lo es el que producen las actividades de ocio, en concreto el ruido ema-

106. F. EGEA FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisión y defensa de la propiedad*, Madrid, 1994, pág. 77. Al respecto el autor recuerda que, como señala F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil, conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985, pág. 53, en la práctica los tribunales civiles han conocido pretensiones indemnizatorias frente a contratistas o concesionarios sin plantearse problemas de incompetencia de jurisdicción.

107. A. CANO MURCIA, *Régimen jurídico de la contaminación acústica. Con comentarios a la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido*, Navarra, 2004, pág. 292.

108. Cfr. *op. cit.*, pág. 292.

109. El mencionado precepto, junto con lo dispuesto en el anexo III.4 de la norma (regulación del funcionamiento, niveles máximos y metodología de medición para los avisadores acústicos), son bastante ilustrativos de lo que con carácter general se establece para dichos aparatos.

110. Sin embargo, hay alguna excepción, como en el caso de la ordenanza tipo de Castilla-La Mancha, que autoriza un nivel sonoro máximo de hasta 95 dBA.

111. A. CANO MURCIA, *op. cit.*, pág. 172.

112. F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *op. cit.*, pág. 28 y ss.

nado por los aparatos de música procedentes de *pubs*, discotecas y otras salas de fiesta. Como se ha indicado, el ruido procedente de los locales de ocio es el que por lo general se percibe como más molesto.¹¹³

Como indica el Defensor del Pueblo andaluz,¹¹⁴ “El problema en cuestión, aunque es complejo, cabe centrarlo en un primer momento en conseguir que el derecho al descanso se compagine con el derecho a la diversión, mediante un ejercicio racional y ponderado de este último, y/o con el ejercicio de una actividad comercial o industrial, de forma que el límite de uno se aplique donde empiece el ejercicio de otro”.

Como cuestión previa decir que, en relación con las actividades de ocio, las ordenanzas suelen distinguir entre las realizadas en locales cerrados y las realizadas al aire libre, previendo medidas para unas y otras. A las actividades desarrolladas en la vía pública nos referiremos con más detalle en el apartado siguiente, donde se abordará el fenómeno del *botellón*, aunque obviamente ambas guardan una estrecha relación.

De todos modos, avanzar ya que la DR no se ha ocupado ni de la regulación de las actividades nocturnas ni de la regulación del ruido producido por aglomeraciones de personas en la calle. Según J. R. Vázquez Sandes, ello se debería al hecho de que se trata de un fenómeno local, lo que justificaría que se hubiese dejado en manos de los estados miembros. En cualquier caso, lo cierto es que entre los países del norte y los del sur hay grandes diferencias en los hábitos de los ciudadanos: los horarios o los lugares en los que se desarrollan las actividades son distintos, lo que hubiese hecho difícil encontrar un mínimo denominador común aplicable a

todos los estados miembros.

Lo que no es tan comprensible es que la LR tampoco se refiera a los locales de ocio y la presencia de personas en la calle con ánimo de diversión. Al respecto, aunque ciertamente parece que la preocupación de los municipios por las emisiones de ruido crece, a fin de evitar que eventualmente las administraciones se escudaran en un posible vacío legal para no tomar medidas al respecto, hubiese sido conveniente que se hubiera hecho una mención específica a las mismas.

En cuanto a las actividades de ocio en locales cerrados, ya se ha visto que nuestro ordenamiento jurídico exige la solicitud de autorización ambiental para las actividades incluidas en el anexo I de la LPCIC. Sin embargo, dichas actividades no encajan dentro de los supuestos contemplados por el anexo I, con lo que éstas están sometidas al RAMINP, salvo en el caso de las comunidades autónomas que cuenten con una normativa específica en materia de autorizaciones ambientales.¹¹⁵

En cuanto al régimen de funcionamiento de dichas actividades, se suele poner la atención en las entradas y salidas de los usuarios, exigiéndose a tal efecto el respeto del horario de cierre¹¹⁶ (medida mucho más fácil de controlar que los niveles de ruido emitidos),¹¹⁷ así como la obligación a los titulares de los establecimientos de velar porque los usuarios de los mismos al entrar y salir de los locales no produzcan molestias al vecindario, exigiéndoles, para el caso de que éstos no atendieran a sus requerimientos, dar aviso a la policía local.¹¹⁸ En alguna ocasión se exige expresamente el deber de evitar que los usuarios consuman las bebidas fuera del establecimiento.¹¹⁹ En el caso de que las molestias al vecindario se den de forma

113. El *Informe especial sobre contaminación acústica en Andalucía derivado de actividades recreativas y consumo de bebidas en las vías públicas*, elaborado por el Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, mayo de 1996, indica que según un estudio efectuado por la Agencia de Medio Ambiente sobre niveles sonoros ambientales en ciudades andaluzas de más de 50.000 habitantes, destaca muy por encima de cualquier otra causa el tráfico de coches, motos y vehículos pesados, mientras que el que genera más quejas por los ciudadanos es el ruido producido por locales de ocio como bares, pubs o discotecas.

114. *Op. cit.*, pág. 29.

115. En este sentido, en Cataluña, la LIIAA incluye en el apartado 12.35.a) del anexo II.2 las “actividades recreativas”, excepto las actividades de restauración, de acuerdo con la Ley 10/1990, de 15 de junio, sobre policía del espectáculo, las actividades públicas y los establecimientos públicos. Por su parte, el apartado 12.35.b) del anexo III incluye las “actividades de restauración”. La Ley 10/1990 ha sido modificada por el Decreto 239/1999. Dicha norma en su anexo II incluye entre las actividades recreativas las actividades “musicales” (b). Entre ellas, se incluyen las siguientes: bar musical, discoteca, sala de baile, sala de fiestas con espectáculos, café teatro y café concierto. Por tanto, dichas actividades quedan sometidas al régimen de licencia ambiental. En cuanto a las actividades de restauración, la Ley 10/1990 las define como aquellas que “tienen como objeto ofrecer comidas, bebidas al público asistente para ser ofrecidos en el establecimiento donde se desarrollan”. Entre ellas de incluyen los “bares”.

116. En relación con el horario de cierre de los establecimientos, el Tribunal Supremo, en la STS de 10 de abril de 1992, ha advertido que el horario de cierre “obliga especialmente al titular del local más que a los clientes, y, si éstos, a requerimiento de aquél, no lo cumplen, tiene el encargado del local suficientes medios, incluso coactivos, para imponer su cumplimiento”.

117. Cfr. J. PINEDO HAY, *op. cit.*, pág. 39.

118. Así lo prevé el artículo 3 de la ordenanza de Vandellós y L'Hospitalet de l'Infant, que atribuye a los titulares el deber de velar para que los usuarios, al entrar y salir de los locales mencionados, no produzcan molestias al vecindario, siendo en todo caso responsables “de los gritos y escándalos de los usuarios siempre que no hayan pedido ayuda a la Policía Local o haya constancia de haber recriminado a los usuarios que causen molestias a los vecinos”. En este sentido, ver el artículo 16 de la ordenanza de Sant Boi de Llobregat o el artículo 28 de la ordenanza de Valmojado.

119. Artículo 57 de la Ordenanza general municipal reguladora de la emisión y recepción de ruidos vibraciones y condiciones de los locales de Santiago. En relación con el consumo de bebidas alcohólicas fuera de los establecimientos, como señala J. PINEDO HAY, *op. cit.*, pág. 59, la Ley 1/1998 de espectáculos públicos y actividades clasificadas de Canarias prevé en su artículo 39.4 que si en el exterior de un local o sus proximidades donde se expendan bebidas alcohólicas se produjere con reiteración la acumulación de personas con consumo de alcohol o emisión desordenada de música y ruidos, la autoridad municipal podrá declarar el local inadecuado para los fines para los que fue concedida la licencia, quedando éstas revocadas a partir de un año desde la declaración de inadecuación por razones de interés público. Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo ha declarado que el empresario titular ha de vigilar el cumplimiento de la legalidad en el desarrollo de la actividad e impedir los excesos “que en este caso supone la alteración de la convivencia ciudadana”, de lo que la jurisprudencia entiende, según dicho autor, que el permitir el consumo de bebidas alcohólicas supone una negligencia que puede dar lugar a la alteración de la paz ciudadana.

reiterada, se puede imponer al titular de la actividad la obligación de disponer, como mínimo, de una persona encargada de la vigilancia en el exterior del establecimiento.¹²⁰

En algún caso, las ordenanzas se refieren expresamente a la responsabilidad administrativa en que puede incurrir el titular de la actividad para el caso de incumplimiento de las obligaciones mencionadas.¹²¹ Al respecto, nos remitimos al capítulo 5.

Que las normas insistan en el deber de los titulares de los locales en velar por que los usuarios no ocasionen molestias al vecindario no es casualidad. En efecto, en numerosas ocasiones los titulares de los mismos han querido eludir responsabilidades ante las quejas de los vecinos, alegando precisamente que los usuarios ya no están en su establecimiento. Sin embargo, a menudo las bebidas que los usuarios consumen han sido suministradas por ellos, de lo que obtienen los correspondientes beneficios.¹²² Por tanto, hay que aplaudir dicha previsión, lo que, obviamente, no obsta que también se deban perseguir de algún modo las conductas de aquellos que no tienen cuidado en respetar el descanso de otros ciudadanos, cuyo régimen se verá en el siguiente apartado.

En relación con el ruido procedente de dichas actividades, algunas ordenanzas contienen previsiones que merece la pena destacar.

Acerca del uso de aparatos de música, la ordenanza de A Coruña incluye una detallada clasificación de las actividades por el grado de molestia, prohibiendo su uso para las actividades incluidas en el grupo I, que “tienen por finalidad fundamental la reunión de personas para charlar, tomar una consumición o comer”. Sin perjuicio de que tal vez hubiese bastado la limitación del nivel de emisión de los aparatos, lo cierto es que dicha prohibición permitirá que en sus instalaciones se puedan desarrollar normalmente las actividades previstas en las mismas. Además, hay que tener en cuenta que las condiciones de insonorización exigidas para estos locales son inferiores a las que requieren otros locales como *pubs* o bares musicales (lo que, obviamente tiene la correspondiente repercusión económica), de modo que prohibiendo para las actividades mencionadas el uso de aparatos de música se podría conseguir evitar la picaresca de solicitar licencia para una actividad distinta de la que efectivamente se realiza. Obviamente, ello

exige que la Administración competente, esto es, el ayuntamiento, efectúe el correspondiente control.

Por su parte, la Ordenanza para la protección de ruidos y vibraciones de Zaragoza prevé en su artículo 47, dentro de lo que denomina “zonas especiales”, la existencia de “zonas de ocio”. Según la norma, éstas serán incompatibles con la zona residencial y estarán dotadas de transporte público. Dicha previsión es positiva tanto por su carácter transversal –al tener en cuenta tanto el ruido procedente de las actividades recreativas como el de los vehículos de quienes acuden a las mismas– como por el compromiso a adoptar medidas activas para prevenir la contaminación acústica, en este caso, apostando, como en otras ocasiones, por el transporte público. La creación de zonas de ocio ha sido prevista por otros ayuntamientos. Aunque su creación podría representar una solución a los conflictos producidos por el ruido, lo cierto es que en general su creación no será posible, pues generalmente los conflictos se generan en zonas consolidadas urbanísticamente, donde conviven una gran variedad de usos. En este sentido, cabría la opción de crear dichas zonas en áreas alejadas, como parece sugerir la norma indica y como se ha hecho en algunas ocasiones, aunque las iniciativas tomadas no han tenido demasiado éxito.¹²³ Al respecto, hay que tener en cuenta que, como indica el Defensor del Pueblo andaluz,¹²⁴ el alejar los jóvenes puede generar un fenómeno de marginalidad, al forzar a la juventud a trasladarse al extrarradio de las ciudades para disfrutar de su tiempo de ocio, con los consiguientes problemas de inseguridad y riesgo que el hecho conlleva (accidentes de tráfico, violencia, etcétera).

3.4. Espectáculos y actividades al aire libre

Desde siempre, en países mediterráneos como el nuestro se han desarrollado muchas actividades al aire libre. En efecto, gran parte de las actividades de ocio y fiestas tradicionales tienen lugar en la calle, siendo ello parte de nuestro acervo cultural. Para dichas actividades la intervención de los ayuntamientos se limita a acotar los horarios y controlar el cumplimiento de los niveles de emisión.

La regulación de dichas materias cobra especial importancia en los grandes núcleos urbanos y en los municipios con gran afluencia de turismo en los que,

120. Finalmente, en el caso de que las molestias al vecindario se den de forma reiterada, el ayuntamiento puede imponer al titular de la actividad la obligación de disponer, como mínimo, de una persona encargada de la vigilancia en el exterior del establecimiento. En términos similares, ver la OTCMancha.

121. En relación con la responsabilidad de los titulares de los locales, ver el artículo 17 de la ordenanza de Sant Boi de Llobregat.

122. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en alguna ocasión acerca de la responsabilidad del titular con respecto a la conducta de los clientes. En

este sentido, en la STS de 18 de octubre de 1994 declaró que el empresario titular ha de vigilar el cumplimiento de la legalidad e impedir los excesos “que en su caso suponen la alteración de la convivencia ciudadana”, por lo que entendió que permitir el consumo de bebidas alcohólicas suponía una negligencia que podía dar lugar a la alteración de la paz ciudadana.

123. Experiencias similares de han desarrollado en Marbella, Cádiz y Málaga.

124. *Op. cit.*, pág. 119.

sobre todo en el período vacacional, la vida nocturna se multiplica, causando molestias a los vecinos, que permanecen donde estaban cuando los turistas abandonan el municipio, y a los propios turistas, que por causa del ruido puede que el año siguiente opten por otro destino.

En estas actividades, entran en conflicto varios intereses. Por un lado, el derecho al disfrute a la libertad personal (artículo 17 de la CE) y deambulatoria (artículo 19 de la CE), el derecho de reunión (artículo 21 de la CE), el derecho que se deduce de la obligación de los poderes públicos a facilitar la adecuada utilización del ocio (artículo 43.3 de la CE) y el derecho a la libertad de empresa de los titulares de los negocios. Frente a ellos, el derecho a la integridad física (artículo 15 de la CE) y el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18 de la CE).

En tanto que normas básicas, también habrá que tener en cuenta lo dispuesto por la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC), y el Real decreto 2816/1982, de 27 de agosto, que aprueba el Reglamento general de policía de espectáculos públicos y actividades recreativas (RGPEPAR).

En relación con el ruido producido en vías públicas o zonas de pública concurrencia, se podría distinguir tres tipos de fuentes: el procedente de actuaciones o espectáculos en terrazas o al aire libre, el procedente de manifestaciones populares tradicionales y, en términos generales, el causado por ciudadanos cuya conducta incívica puede alterar puntualmente la tranquilidad vecinal.

En relación con este último supuesto, se suele exigir con carácter general en las vías públicas o zonas de pública concurrencia moverse en los límites que exige la convivencia ciudadana, de modo que no se vea perturbada la tranquilidad o el descanso de los vecinos. En este sentido, se prohíben actos tales como “cantar, proferir gritos, hacer funcionar aparatos de música (entre los que cabe entender incluidos los de los vehículos, usados a veces como ‘discotecas ambulantes’), instrumentos musicales, mensajes publicitarios con altavoces,

etc.”,¹²⁵ de modo que superen los límites máximos permitidos por las normas, salvo que se disponga de autorización expresa para ello.

3.4.1. Actividades en terrazas o al aire libre

En relación con las actividades en terrazas o al aire libre, las ordenanzas exigen la correspondiente autorización, que se deberá otorgar con carácter estacional o de temporada y con limitación del horario de funcionamiento, pudiéndose proceder a la paralización de la actividad en el caso de que la misma se realice sin la preceptiva autorización.¹²⁶ En relación con dichas autorizaciones, recordar que el hecho de disponer de la correspondiente licencia de ocupación de dominio público no exime del deber de solicitar la licencia de actividad o, en su caso, la licencia ambiental.

En este caso, también se hace responsables a los titulares de las licencias de las molestias causadas por las mismas, previéndose la posibilidad de revocar la licencia por el incumplimiento reiterado de dicha obligación.¹²⁷

Con cierta frecuencia, se exige acompañar a la solicitud de licencia la presentación de un estudio acústico que determine la incidencia sobre su entorno, a fin de poder delimitar el nivel máximo de volumen permitido a los equipos musicales.¹²⁸

En alguna ocasión, el hecho de sobrepasar los niveles sonoros establecidos en la ordenanza o en la correspondiente autorización puede llegar a dar lugar a la revocación de la autorización.¹²⁹

Algunas ordenanzas se refieren expresamente a la instalación de mesas y sillas al aire libre, generalmente para establecer limitaciones horarias adicionales, pudiéndose llegar a la caducidad de la correspondiente licencia para el caso de que se incumplan de forma reiterada las exigencias de la misma.¹³⁰

3.4.2. Alcohol y ruido

La vida nocturna ha acostumbrado a guardar una estrecha relación con el consumo de bebidas alcohólicas. En

125. Artículo 48 de la ordenanza de Sevilla.

126. En este sentido, ver el artículo 43 de la OTRCat; artículo 47 de la ordenanza de Sevilla. En similares términos, el artículo 39 de la ordenanza de Calvià dispone lo siguiente: “1. Los actos y actividades multitudinarias de tono festivo que tengan lugar en la vía pública y/o zonas de pública concurrencia, deberán contar con autorización expresa de la Alcaldía con indicación de las condiciones en atención a la posible incidencia por ruidos, con independencia de las cuestiones de orden público.”

127. La OTRGal, en su artículo 12.4, hace responsables a los titulares de los locales públicos en el que se desarrollen actividades de ocio y que dispongan de licencia de espacios abiertos de las molestias causadas, cuando se produzcan unos niveles de ruido superiores a los permitidos, siéndoles de aplicación el régimen sancionador previsto por la norma. Dicho precepto prevé que en las declaraciones o licencias de actividad o de apertura que se expidan para estas actividades se prevea que “el quebranto reiterado de este deber puede conllevar la revocación de la autorización o licencia”.

128. En este sentido, el artículo 47 de la ordenanza de Sevilla extiende lo dispuesto en el mismo a “las actividades con recintos o terrazas al aire libre

en suelo privado, que soliciten licencia temporal para instalaciones musicales en su zona de terraza”.

129. En este sentido, el artículo 21 de la ordenanza de Alicante prevé la “revocación de la autorización, en caso de registrarse en viviendas o locales contiguos o próximos, niveles sonoros superiores a lo establecido en esta ordenanza, o en la autorización integrada”.

130. Sobre esta materia, el reglamento de Alella, que prevé que los horarios se establezcan en cada licencia, teniéndose que colgar un cartel informando de los mismos las actividades a las que se conceda la licencia por períodos superiores a tres meses. Asimismo, la norma contempla la posibilidad de dejar sin efecto la licencia por incumplimiento reiterado de las obligaciones del adjudicatario de la licencia. La reincidencia por tercera vez en el incumplimiento de las condiciones de la autorización comportará la caducidad de la licencia y la incapacidad de poder obtener otra para el año siguiente. Por su parte, el artículo 22.2 de la Ordenanza municipal de protección del medio ambiente contra ruidos y vibraciones de Cartagena prevé lo siguiente: “El ayuntamiento podrá establecer limitaciones horarias adicionales a los establecimientos a los que autorice la colocación de mesas y sillas

los últimos años han surgido nuevos hábitos de consumo, cobrando una presencia significativa el consumo alcohol en la calle, fenómeno conocido con el nombre de *bote-llón*. Ello ha dado pie a que bajo el pretexto de la prevención de la contaminación acústica, se haya prohibido el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública.

Hoy en día son bastantes las comunidades autónomas que cuentan con una regulación al respecto, que por lo general se encuadra en normativa relativa a la prevención, asistencia e inserción de drogodependientes.¹³¹ Las normas autonómicas se refieren tanto a la venta como al consumo, prohibiéndolos con carácter general en vías y zonas públicas, si bien estableciendo ciertas excepciones. De modo que se permite en espacios dedicados a ocio especialmente autorizados, como terrazas o veladores o, puntualmente, durante la celebración de ferias o fiestas patronales, así como los que prevean las correspondientes ordenanzas. Como no podría ser de otra forma, dichas normas delegan en los ayuntamientos la concreción de los lugares y momentos en los que está permitido el consumo.

Sin embargo, hay que tomar dichas medidas con cautela. Ciertamente, el fenómeno es complejo y cuesta encontrar una solución intermedia entre los distintos intereses en juego (por un lado, el derecho de los jóvenes al ocio, por el otro, el derecho de los vecinos a la tranquilidad y al descanso). Pero a pesar de que ruido y consumo de alcohol puedan coincidir en el tiempo, no hay por qué pensar que uno necesariamente tenga que ser consecuencia del otro. Además, si se tiene en cuenta que el bien jurídico protegido en el caso de las normas indicadas es la salud de los jóvenes, no se entiende por qué se permite entonces el consumo en el interior de los locales o en terrazas, pues es obvio que su consumo es igualmente perjudicial en ambos casos y que, una vez en la calle, el ruido es tan molesto en una terraza pública como fuera. En este sentido, tal vez habría que ir a la raíz del problema y plantearse por qué optan por reunirse en la calle en vez de hacerlo en los establecimientos. Una de las muchas respuestas podría ser el elevado precio de las consumiciones. Ello nos llevaría a un terreno que escapa del objeto de este estudio. En cualquier caso, lo cierto es que cabe adoptar otras medidas que permitirían hacer frente al problema sin necesidad de volver a la “ley seca”, criminalizando el consumo

de alcohol.

En este sentido, ya se ha visto que algunas normas contienen la prohibición general de “cantar, proferir gritos, hacer funcionar aparatos de música o instrumentos musicales”. Sobre estas materias, como se verá, los municipios tienen en sus manos la posibilidad de imponer al respecto las correspondientes sanciones. Sin duda alguna, ello deberá ir acompañado de cierto control de las actividades (lo que, obviamente, pasa por disponer de los correspondientes medios personales y materiales).

En cuanto a las normas autonómicas que hacen referencia al consumo de alcohol en la calle, merece la pena destacar lo previsto por dos de ellas.

En Extremadura, la Ley 2/2003, de 13 de marzo, de la convivencia y el ocio, autoriza el consumo de bebidas alcohólicas en los espacios autorizados por cada ayuntamiento “[...] siempre que se garantice por éstos el cumplimiento de todas las previsiones de esta ley y, muy en particular, la prohibición establecida en el artículo 9 y el derecho al descanso y a la convivencia ciudadana” (artículo 15). En relación con dicha previsión, en primer lugar, cabe valorar positivamente que se dé margen a los ayuntamientos para decidir en qué zonas se autorizan las actividades mencionadas. En segundo lugar, únicamente plantear qué necesidad hay de restringir el consumo de alcohol cuando ya se está indicando que lo que se tendrá en cuenta es el derecho al descanso y a la convivencia ciudadana. En cualquier caso, ciertamente hay que reconocer que por lo menos en este caso no se está limitando sin más el consumo de alcohol.

Por su parte, la Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre Drogodependencias y otros trastornos adictivos de la Comunidad de Madrid, en su artículo 30.3 prevé que las entidades locales declaren determinadas zonas como de acción prioritaria, “fomentando, al mismo tiempo, espacios de convivencia y actividades alternativas”. Para el establecimiento de estas limitaciones se prevé contar con los diferentes colectivos afectados. Dicha previsión, plantea ciertas dudas en cuanto a su interpretación pero abre la puerta a distintas vías de solución. En efecto, la norma no deja claro en qué tipo de actividades alternativas se está pensando ni a qué colectivos se pretende consultar, pero lo cierto es que pone sobre la mesa el hecho ineludible de que los jóvenes requieren de espa-

en la vía pública, que deberán ser retiradas como máximo a la 1.30 horas durante Semana Santa y los meses de junio a septiembre, ambos inclusive, y a las 00 horas durante el resto del año.”

131. Las siguientes comunidades autónomas disponen de normas que regulan el consumo de alcohol en la vía pública:

Aragón: Ley 3/2001, de 4 de abril, de prevención, asistencia y reinserción social en materia de drogodependencias.

Canarias: Ley 9/1998, de 22 de julio, sobre prevención, asistencia e inserción social en materia de drogodependencias

Cantabria: Ley 5/1997, de 6 de octubre, de prevención, asistencia e incorporación social en materia de drogodependencias

Castilla y León: Ley 3/1994, de 29 de marzo, de prevención, asistencia e integración social de drogodependientes

Comunidad Valenciana: Ley 3/1997, de 16 de junio, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos.

Extremadura: Ley 2/2003, de 13 de marzo, de la convivencia y el ocio.

Madrid: Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos.

Murcia: Ley 6/1997, de 22 de octubre, sobre drogas, para la prevención, asistencia e integración social.

cios donde reunirse y tiene en cuenta la necesidad de contar en la toma de decisiones con los implicados en el conflicto.¹³²

Lo previsto por el decreto madrileño da que pensar. En efecto, tal vez en este caso, la solución no pase por la adopción de las medidas tradicionales. Sin perjuicio de que el sancionar dichas conductas pueda ser efectivo y que, para ello, el control policial sobre las mismas pueda ser de utilidad, tal vez sea necesario buscar vías extrajudiciales de solución de los conflictos.

En efecto. Los conflictos generados en materia de ruido a menudo se alargan en el tiempo. Los vecinos tienen que lidiar contra empresarios irresponsables o incluso contra otros vecinos que no tienen cuidado de unas mínimas pautas de civismo. Por si ello fuera poco, a menudo, cuando acuden a la Administración ésta desatiende sus peticiones o actúa tarde, de modo que, en el caso de que se lleguen a tomar medidas, los daños ya se han producido. Tras ello, quedará únicamente la posibilidad de acudir a la vía judicial. Así, la pesadilla finalizará con la correspondiente resolución judicial, que lamentablemente habrá sido precedida de muchas noches de insomnio. Y lo peor de todo es que nada garantiza que el conflicto pueda volver a surgir, como ha sucedido.

En este sentido, tal vez parte del problema radique en la falta de información por parte de los distintos sujetos implicados. Por ello es de gran importancia que los poderes públicos se esmeren en informar con respecto de los efectos nocivos del ruido, mediante el impulso de campañas divulgativas dirigidas a colectivos concretos (así, a la llegada de la temporada de verano, en relación con los usuarios y titulares de terrazas). Ello ayudará a tomar conciencia de la dimensión del problema.

De todos modos, en muchos casos con la información no será suficiente. Por este motivo, en el caso de que surjan conflictos, una posible vía de solución a los mismos sería acudir a la mediación. En efecto, algunos municipios, con clara intención de poner fin a los problemas, han optado por dicha vía,¹³³ obteniendo resultados muy satisfactorios. Dicho mecanismo permite un mayor conocimiento de los intereses e inquietudes de

la otra parte, lo que permite establecer una complicidad entre las mismas que hace que adopten compromisos reales e incluso surjan propuestas para solucionar los problemas (así, la falta de espacios de los jóvenes dónde reunirse, etcétera).

En definitiva, se trata de conseguir una mayor implicación ciudadana. Al respecto, también sería muy positivo el fomento de la participación de los actores implicados (asociaciones de vecinos, organizaciones empresariales, colectivos de jóvenes) en los procesos de decisión, tanto en el momento de detectar los problemas como para buscar posibles soluciones.

Obviamente, dichas medidas tienen un elevado coste económico y personal. Es una simple cuestión de prioridades.

3.4.3. Actos y celebraciones en la vía pública

En relación con las actividades en la vía pública, tiene cierta lógica que con respecto a los actos con carácter oficial, cultural, religioso o de naturaleza análoga prime el arraigo de dichas festividades y/o su carácter excepcional por encima del descanso vecinal. Es por ello que la LR prevé en su artículo 9 la posibilidad de suspender temporalmente los objetivos de calidad acústica en estos supuestos.

En cualquier caso, para el desarrollo de dichas actividades se exige también la correspondiente autorización municipal expresa, que será otorgada con carácter estacional o de temporada, estableciéndose limitaciones del horario de funcionamientos. Asimismo, se prevé para el caso de incumplimiento de dicha obligación la posibilidad de que el personal acreditado del ayuntamiento proceda a la paralización del correspondiente acto.¹³⁴

Por su parte, también se prevé, para ciertas festividades regionales, una emisión de ruidos por encima de los límites previstos por las normas, si bien con ciertas limitaciones espacio-temporales.¹³⁵

Aunque no sea muy habitual, también se exige la dotación de los equipos de reproducción sonora de un limitador-controlador.¹³⁶

La jurisprudencia se ha pronunciado acerca de la

132. En relación con la participación de los ciudadanos en las decisiones públicas, hay que tener en cuenta que, como señala A. PEÑALVER I CABRÉ, *La participació pública en els procediments administratius ambientals*, Barcelona, 2002, el Convenio internacional sobre el acceso a la información, la participación pública en las decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, elaborado en el marco de la Comisión Económica por Europa de las Naciones Unidas y aprobado en junio de 1998 en Aarhus (Dinamarca) prevé expresamente la participación del público en decisiones relativas a actividades con efectos importantes sobre el medio ambiente, así como en programas planes y políticas medioambientales y durante la fase de elaboración de disposiciones reglamentarias o de instrumentos normativos jurídicamente obligatorios de aplicación general.

133. En Cataluña, el Ayuntamiento de Sant Pere de Ribes cuenta con un centro de mediación, perteneciente a la Oficina de Atención al Ciudadano del mismo. El Consejo Comarcal de La Selva también dispone de un centro de mediación.

134. En este sentido, ver el artículo 42 del RRAn.

135. En este sentido, siguiendo lo previsto por la LR y en términos similares a lo que en su momento preveía la ordenanza tipo, el RRAnd dispone en su artículo 43 que los ayuntamientos podrán adoptar medidas para dispensar durante las horas en las que éstos se celebren de los niveles máximos señalados por las tablas I y II del anexo I. En lo que respecta a las ordenanzas, la ORTCMancha prevé una medida casi idéntica en su artículo 30. Un ejemplo de las muchas ordenanzas que lo prevén lo encontramos en el artículo 48 de la ordenanza de Sevilla, que permite eximir temporalmente de los niveles que se indican en su anexo I en el caso de "manifestaciones populares en la vía pública o espacios abiertos de carácter común o vecinal derivadas de la tradición (velás, feria, ensayos de bandas de música de Semana Santa)". Sin embargo, la norma establece el límite horario para los ensayos de bandas de música de Semana Santa, que no podrán tocar pasadas las doce de la noche.

136. En cuanto a la normativa autonómica, ver el artículo 42 del RRAnd. En cuanto a las ordenanzas, sirva de ejemplo por todos el artículo 47 de la ordenanza de Sevilla.

necesidad de soportar o no el ruido procedente de dichas actividades, existiendo pronunciamientos contradictorios.¹³⁷

Muy ligado con las fiestas tradicionales está la instalación de “ferias, circos y otras actividades parecidas”. Al respecto, sorprende lo elevado de algunos niveles permitidos por algunas normas, cuando es inherente a dichas actividades la presencia de niños.¹³⁸

3.5. Trabajos en la vía pública

Los trabajos en la vía pública, aunque causen molestias de forma esporádica, son motivo de queja por parte de los ciudadanos.

En relación con las obras de interés público de competencia estatal, hay que tener presente que la LR reserva en su artículo 4 la competencia para la realización de la actividad aludida en el párrafo d) (suspensión provisional de los objetivos de calidad acústica aplicables en una área acústica) del apartado 1 a la Administración General del Estado.

En líneas generales, la regulación por las ordenanzas de los mismos pasa por la exigencia de respetar los horarios establecidos por éstas y de adoptar las medidas oportunas para evitar que se superen los valores guía de inmisión que éstas fijan. De dichas obligaciones, se exceptúan las obras de carácter urgente, las que se realicen por razones de necesidad o peligro y las que por sus inconvenientes no puedan realizarse durante el día.

En general, el trabajo nocturno exige de autorización expresa del correspondiente ayuntamiento, en la que se determinarán los valores guía de inmisión.¹³⁹

Alguna ordenanza, como la de Barcelona, prevé la

aportación, junto con la solicitud de la licencia de obras, de un impreso en el que se especifiquen, entre otros, el tipo de maquinaria que se pretende usar, su ubicación, sus períodos de funcionamiento y los niveles de emisión previstos. Dicha norma también exige la presentación de un estudio de impacto sonoro para el otorgamiento de ciertas licencias de edificación o para la adjudicación de ciertas obras en la vía pública.¹⁴⁰

Asimismo, alguna ordenanza se refiere expresamente a la maquinaria que se puede usar en los trabajos en la vía pública. Al respecto, hay que tener en cuenta la existencia de directivas comunitarias en relación con el uso de maquinaria al aire libre.¹⁴¹ En este sentido, el artículo 27 de la OTRGal prohíbe que se autorice el uso de maquinaria que tenga un nivel de emisión externo (NEE) superior a 90 dBA. Asimismo, prohíbe la realización de actividades que superen los niveles establecidos por la norma (salvo para el caso que se disponga de autorización expresa para ello, el carácter urgente de las mismas lo exija o haya la imposibilidad de realizarlo durante el día).

En cuanto a las actividades de carga y descarga, quedan prohibidas dentro de un horario que suele ir de las 22 a las 8 horas, imponiéndose el deber de minimizar las molestias para el resto del tiempo. En el caso de que no sea posible respetar dichas obligaciones, se impone el deber de solicitar autorización expresa.¹⁴²

Respecto a la posibilidad de reclamar por las molestias producidas por el ruido causado por dichas obras, en el caso de obras públicas ya se ha indicado que la Administración tendría que responder de los daños causados por el contratista.

3.6. Actividades de los vecinos en el interior de las edifica-

137. Así, en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Sevilla se condenó al Ayuntamiento de Sevilla a la indemnización por los daños sufridos a unos particulares como consecuencia de los niveles de ruido por 23 dBA por encima de los límites permitidos. Por su parte, la STSJ de Asturias de 16 de noviembre de 1999 entendió que a pesar del carácter puntual de las actividades, habida cuenta de los graves perjuicios para el medio ambiente, entendió que los intereses particulares no debían ceder ante el interés general. Sin embargo, el Tribunal Supremo declaró en su Sentencia de 25 de mayo de 1995 que primaban los beneficios del negocio hotelero.

138. En este sentido, la ordenanza de Vandellós y L'Hospitalet de l'Infant prohíbe que dichas actividades sobrepasen el nivel sonoro de 80 dBA medidos a dos metros de la fuente sonora. Sin embargo, la ordenanza de Sant Cugat del Vallès dispone en su artículo 28.2 que no podrán sobrepasar el nivel sonoro de 90 dBA.

139. En este sentido, puede verse, entre muchas otras, el artículo 34 de la OTRCat.

140. Artículo 50.4: “Como requisitos para el otorgamiento de licencias de edificación y para la adjudicación de obras en la vía pública con una duración prevista superior a siete días y/o que generen un incremento igual o superior a 10 dB(A) sobre el nivel guía de la zona a una distancia de dos metros de las obras, el Ayuntamiento requerirá la presentación de un estudio de impacto sonoro.”

141. Al respecto, hay que estar a lo establecido por la normativa comunitaria en la materia. Así, en relación con las máquinas y materiales utilizados

en las obras de construcción, hay que tener en cuenta lo dispuesto por la Directiva 79/113/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre normas para la aproximación de las legislaciones de los estados miembros relativas a la determinación de la emisión sonora de las máquinas utilizadas en las obras de construcción, y la Directiva 84/532/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1984, sobre aproximación de las legislaciones de los estados miembros relativas a las disposiciones comunes sobre material y maquinarias de la construcción; en relación con las máquinas de uso al aire libre, hay que estar a lo dispuesto por la Directiva 2000/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2000, por la que se dictan las normas para aproximar las legislaciones de los estados miembros sobre emisiones sonoras en el entorno debidas a las máquinas de uso al aire libre.

142. Un ejemplo de lo indicado se encuentra en la ordenanza de Santiago, que dispone lo siguiente: “La carga, descarga y transporte de materiales en camiones deberá hacerse de manera que el ruido producido no resulte molesto. El personal de los vehículos de reparto deberá descargar las mercancías sin producir impactos directos sobre el suelo del vehículo o sobre el pavimento y evitará el ruido producido por el desplazamiento o trepidación de la carga durante el recorrido. Se prohíben las actividades de carga y descarga de las mercancías, manipulación de cajas, contenedores, materiales de construcción y objetos similares en la vía pública entre las 22 horas y las 8 horas del día siguiente, cuando estas operaciones superen los límites sonoros establecidos en el presente reglamento.”

ciones

La vida en común implica el deber de soportar las molestias de las actividades procedentes de nuestros vecinos. Ello ha sido así desde siempre, si bien a partir de la industrialización, cuando la vida diaria pasa a desarrollarse en edificios de pisos, las distancias entre los vecinos se reducen, aumentando con ello los problemas. Junto a ello, el desarrollo del Estado del bienestar ha elevado el nivel de vida y con ello se han transformado los parámetros de calidad de vida.

Ciertamente, en lo que se refiere a los niveles de emisión, en las actividades vecinales no suelen ser excesivamente elevados, como sucede con los vehículos o cierta maquinaria industrial. Sin embargo, más allá de las simples molestias que puedan ocasionar, su exposición prolongada puede llegar a causar trastornos de humor o alteraciones en el descanso. Ante ello, el Derecho interviene a fin de procurar la convivencia pacífica e impedir los daños ocasionados por dichas actividades.

Tradicionalmente, las inmisiones producidas en las relaciones de vecindad habían venido siendo reguladas por el Derecho civil, en el marco del denominado “derecho de vecindad” (configurado a partir del artículo 590 del Código civil), en relación con la regulación de las inmisiones sufridas en la propiedad privada por la actividad del vecino. Como se indicó en la primera parte de este trabajo, el Código civil contiene una regulación de las relaciones de vecindad y las inmisiones. Sin embargo, poco a poco la intervención del Derecho administrativo en esta materia fue cobrando importancia. En este sentido, el RAMINP se convirtió en una norma fundamental en las relaciones de vecindad, al limitar el ejercicio de ciertas actividades. Posteriormente, se ha ido desarrollando una extensa normativa en materia de medio ambiente que ha dado respuesta a algunos de dichos problemas, hasta llegar al momento actual, en que incluso se cuenta con una normativa específica en materia sobre el ruido.

Por tanto, sobre estas cuestiones, pueden intervenir tanto el Derecho público como el privado, correspondiéndole al primero la labor de salvaguardar los intereses colectivos (salud pública, medio ambiente), y al segundo la de los intereses particulares. Esta doble pro-

tección puede dar lugar a inmisiones que para uno sean consideradas legítimas, mientras que para el otro, no. Así, una conducta que desde la perspectiva del Derecho administrativo sea tolerable, puede dar lugar a un ilícito civil, teniendo el causante que reparar el daño causado. Por el contrario, habrá ocasiones en las que a pesar de haberse producido un daño no será posible acudir contra una persona (así, por ejemplo, en el caso del ruido producido por grandes infraestructuras viarias, en las que no se puede exigir la cesación de la perturbación).

En relación con la actuación del Derecho civil frente a las inmisiones, éste puede arbitrar distintas soluciones para resolver un conflicto, permitiendo el cese de la actividad (tutela inhibitoria) o reparando el daño causado (tutela resarcitoria). La acción que éste ofrece para proteger al propietario frente a las inmisiones es la acción negatoria. Dicha acción tiene una doble función inhibitoria y preventiva, mediante la cesación y la abstención de la actividad perturbadora. Tras la interposición de la misma, el juez competente podrá imponer las medidas técnicas adecuadas para eliminar las molestias o reducirlas. En un procedimiento en vía civil, el juez podrá adoptar las medidas cautelares que estime pertinentes, entre las que se incluye la posibilidad de ordenar la cesación de la actividad o la exigencia de adoptar las medidas que ocasionen al titular “un gasto más reducido o la que le sea menos enojosa”.¹⁴³ Por su parte, la acción negatoria permite actuar ante la posibilidad de lesiones futuras, exigiéndose en ese caso la existencia de algún indicio que indique la probabilidad de la perturbación (en este sentido, no sería necesario esperar a la construcción de un local, sino que bastaría lo que indicaran los planos del mismo).¹⁴⁴

En cuanto a la regulación del Derecho público en lo que respecta estrictamente a las relaciones de vecindad, en líneas generales, las ordenanzas que se refieren a las actividades de los vecinos en el interior de las edificaciones exigen evitar la alteración de la normal convivencia y conductas que respeten el descanso de los vecinos.¹⁴⁵ Generalmente, las normas se centran en la regulación del uso de aparatos de música, electrodomésticos y otros aparatos domésticos, y en la tenencia de animales, poniendo especial atención al ruido producido por actividades nocturnas,¹⁴⁶ por ser “el horario considerado comúnmente de descanso nocturno”.¹⁴⁷

143. J. EGEA, *op. cit.*, pág. 60.

144. Confirmando la sentencia recaída en primera instancia en la que se condenaba a un vecino causante de actividades molestas y productoras de ruidos al cese de las mismas y a la privación del uso de su vivienda por el plazo de dos meses, ver la SAP de Asturias 98/2004, de 27 de febrero.

145. En este sentido, la ordenanza de A Coruña comprende en su artículo 37 las previsiones más habituales: “1. Cantar, gritar, vociferar, especialmente en horas de descanso nocturno. 2. Realizar trabajos y reparaciones domésticas entre las 22 horas y las 8 horas del día siguiente. 3. Realizar trabajos de bricolaje con carácter asiduo, dentro del mismo horario, cuando los ruidos producidos durante la ejecución de los mismos superen los niveles expresa-

dos en esta ordenanza. 4. Realizar cualquier actividad perturbadora del descanso ajeno en el interior de las viviendas, durante el horario nocturno, tales como fiestas, juegos, arrastre de muebles y enseres, reparaciones materiales o mecánicas de carácter doméstico, etc. 5. De forma general, queda prohibida cualquiera de las actividades antes reseñada, durante los domingos y festivos.”

146. El artículo 21.1 de la ordenanza de Sant Cugat del Vallès establece lo siguiente: “La acción municipal se debe dirigir especialmente al control de los ruidos en horas de descanso nocturno debidos a: a) El volumen de la voz humana o la actividad directa de las personas. b) Los animales domésticos. c) El funcionamiento de electrodomésticos, aparatos e instrumentos musica-

En relación con el uso de aparatos domésticos, en líneas generales se prohíbe su uso en horario nocturno cuando se sobrepasen los niveles permitidos. Lo mismo cabe decir con respecto a los aparatos musicales.¹⁴⁸

En cuanto a la tenencia de animales domésticos, se establece la obligación de adoptar las precauciones adecuadas al efecto para evitar molestias al vecindario.¹⁴⁹ A tal efecto, se prohíbe que éstos se sitúen en lugares en los que puedan causar molestias a los vecinos, especialmente durante la noche. Dicha previsión, con pequeñas variaciones, es común en numerosas ordenanzas.¹⁵⁰ Algunas de ellas se remiten al respecto a la normativa correspondiente en materia de tenencia de animales.¹⁵¹

Aparte de las previsiones indicadas, algunas normas contemplan otro tipo de prevenciones, tales como la prohibición de cantar o hablar en un tono excesivamente alto en el interior de los domicilios particulares a partir de cierta hora o de efectuar reparaciones de carácter doméstico, cambio de muebles o usar aparatos domésticos en horario nocturno cuando se superen ciertos niveles de ruido.¹⁵²

El horario a partir del cual deberían tomarse las mencionadas precauciones varía de una ordenanza a otra, en concordancia con la divergencia de criterios con respecto a la determinación del horario diurno/nocturno.

En lo que respecta a la regulación por el Derecho privado de las relaciones de vecindad, hay que tener presente la obligación del arrendatario de observar un comportamiento respetuoso con la vecindad en el uso de la vivienda o local, de modo que el incumplimiento de las reglas de vecindad supone un incumplimiento de la conducta contractualmente debida del uso o goce de la cosa arrendada (artículo 1555, 2.º del CC). En este sentido, la LAU, en su artículo 27.2.e) sanciona con la resolución del contrato la realización en la vivienda de “actividades molestas, nocivas, insalubres y peligro-

sas”. Por su parte, la LPH legitima al presidente de la comunidad de propietarios para entablar contra el “ocupante no propietario” de un piso o local la acción de cesación, e incluso instar la extinción definitiva de la relación sustentadora de la ocupación y su lanzamiento del inmueble.¹⁵³

Por último, recordar que en el caso que las inmisiones procedan de inmuebles y actividades realizadas por la Administración, si las inmisiones son consecuencia directa del desarrollo en el inmueble de la actividad propia de la función pública que legalmente le compete al ejercicio de los intereses generales, tendrán competencia para conocer de dichas molestias de la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que en el caso de que las molestias fueran ocasionadas por actos u omisiones relacionados con los comunes deberes de vecindad y sin conexión con el ejercicio de la función pública relacionada en él, conocerán de ello la jurisdicción civil.¹⁵⁴

4. La regulación de las zonas acústicamente saturadas. Información ciudadana en la declaración de ZAS

Al hablar de la regulación del ruido producido por las actividades de ocio en la calle, se ha apuntado la posibilidad de declarar una zona como acústicamente saturada. Su declaración se prevé para el caso de que se produzca una acumulación de ruidos por efectos aditivos debido a la existencia de múltiples actividades. Su declaración constituye otra herramienta para los municipios de lucha contra el ruido, no únicamente con respecto a dichas actividades pero poniendo atención sobre las mismas, en especial los fines de semana (respecto a los cuales a menudo se prevé la adopción de medidas específicas). De hecho, algunas normas únicamente prevén que se declare una zona como saturada

les o acústicos. d) El funcionamiento de instalaciones de aire acondicionado, ventilación o refrigeración. e) Las reparaciones materiales o mecánicas de carácter doméstico, cambio de muebles u otras causas.”

147. Artículo 3 de la ordenanza de Vandellós y L'Hospitalet de l'Infant.

148. Sobre esta cuestión, la ordenanza de Vandellós y L'Hospitalet de l'Infant a la que se ha hecho referencia, le dedica un capítulo completo.

149. Artículo 40 de la ordenanza de Calvià.

150. En este sentido, el artículo 24 de la ordenanza de Santa Cruz de Tenerife dispone lo siguiente: “Los animales domésticos serán guardados dentro de los domicilios de sus propietarios donde no molesten con sus ruidos a la colectividad (vecindario), prohibiéndose terminantemente que pernocten en balconadas, azoteas o zonas comunales. Se exceptúan de esta norma los animales residentes en viviendas aisladas o individuales o de guardas, quedando sus dueños obligados a tomar las precauciones necesarias para evitar molestias a los vecinos próximos.” Por su parte, la ordenanza de buen gobierno y convivencia ciudadana de Terrassa dispone lo siguiente en su artículo 40: “Los vecinos procurarán, desde las 10 horas de la noche hasta las 7 horas de la mañana, no dejar en los patios, terrazas, galerías, balcones u otros espacios abiertos o cerrados animales que con sus sonidos, gritos o cantos estorben el descanso de los vecinos.” Ver también el artículo 30 de la ordenanza municipal de Cartagena. Por su parte, la Ordenanza municipal de protección del medio ambiente contra la contaminación por rui-

dos y vibraciones de Calvià dispone lo siguiente: “Se prohíbe durante el horario nocturno dejar en los patios, terrazas, balcones o galerías, aves y animales que, en general, con sus sonidos perturben el descanso o tranquilidad de los vecinos. Igualmente, durante el día deberán ser retirados por sus propietarios o responsables cuando, de manera evidente, ocasionen molestias al vecindario.”

151. En este sentido, ver el artículo 6 *in fine* de la ordenanza de Vandellós y L'Hospitalet de l'Infant.

152. En este sentido, la Ordenanza de buen gobierno y convivencia ciudadana de Terrassa, en su artículo 39 dispone lo siguiente: “1. No está permitido cantar o hablar en un tono excesivamente alto en el interior de los domicilios particulares y en las escaleras, patios y, en general en cualquier espacio de uso comunitario de las viviendas, desde las 10 horas de la noche hasta las 7 horas de la mañana. 2. No está permitido cerrar puertas y ventanas estrepitosamente, especialmente en el período señalado anteriormente. 3. No está permitido cualquier otro tipo de ruido que se pueda evitar en el interior de las casas, en especial en el período de tiempo comprendido desde las 22 horas hasta las 7 horas, producido por reparaciones materiales o mecánicas de carácter doméstico, cambio de muebles, aparatos electrodomésticos u otras causas, que en cualquier caso no deberán superar los 30 dB en el punto de recepción.”

153. Cfr. F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *op. cit.*, pág. 114.

en los casos en los que la acumulación de ruidos provenga del ruido causado por las mismas.¹⁵⁵

Como se verá, dicha figura se prevé en bastantes normas y tiene cierta presencia en la jurisprudencia.

La LR prevé en sus artículos 25 y 26 la existencia de las denominadas *zonas de protección acústica especial* y las *zonas de situación acústica especial*. Según se indica en la exposición de motivos, las primeras “son áreas acústicas en las que se incumplen los objetivos aplicables de calidad acústica, aun observándose por los emisores acústicos los valores límite de emisión”.

La norma prevé que una vez declarada una zona de protección acústica especial (ZPAE) se proceda a la elaboración de planes zonales específicos para la mejora acústica progresiva del medio ambiente, hasta que se hayan alcanzado los objetivos de calidad acústica correspondientes. Dichos planes contendrán medidas correctoras que se aplicarán a los emisores acústicos y vías de propagación, así como los responsables de la adopción de dichas medidas, la cuantificación económica de las mismas y, cuando sea posible, un proyecto de financiación.

Por su parte, la LR contempla algunas de las medidas que pueden contener los correspondientes planes, como 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; o 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, o la prohibición de autorizar la puesta en marcha, ampliación, modificación o traslado de un emisor acústico que incremente los valores de los índices de inmisión existentes.

Para el supuesto de que los planes zonales fracasaran en rectificar la situación correspondiente, la norma prevé que se proceda a la declaración como zona de situación acústica especial (ZSAE), previendo, admitida ya la inviabilidad de que se cumplan a corto plazo los objetivos de calidad acústica correspondientes, medidas correctoras encaminadas a mejorar los niveles de calidad acústica a largo plazo y asegurar su cumplimiento, en todo caso, en el ambiente interior. A diferencia del supuesto anterior, en este caso no se especifica qué tipo de medidas se podrían adoptar.

En cuanto a la competencia para la declaración de

dichas zonas, la LR únicamente se refiere a las administraciones competentes, dejando la puerta abierta a que las respectivas normas autonómicas determinen quién ostenta dicha competencia.

Finalmente, la LR tipifica como infracción muy grave 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.

En relación con la superación de los valores límite, recordar que la LR prevé la posibilidad de que las administraciones públicas competentes revisen las “autorizaciones, licencias u otras figuras de intervención” a efectos de adaptarlas a las reducciones de los valores límite establecidos por la norma, sin que dicha revisión entrañe derecho indemnizatorio alguno. Por tanto, hay que tener en cuenta dicha posibilidad ante la declaración de una zona como acústicamente saturada.

En relación con la regulación prevista por la LR, merece la pena hacer algunas observaciones.

En primer lugar, es difícil encontrar un motivo para el doble sistema previsto por el legislador, que entendemos que no hace más que introducir un elemento de confusión a los que se ha visto que contiene la LR. En efecto, en relación con las ZSAE, la LR no concreta qué medidas adoptar ni el plazo que deberá transcurrir desde la declaración de la ZPAE. ¿A qué se refiere la norma cuando dice “a largo plazo”? En este sentido, tal vez hubiese sido suficiente –y más cuando el listado de medidas prevista para la ZPAE no es cerrado– la inclusión de alguna cláusula que permitiera adoptar alguna medida para cumplir con el que parece que sería el verdadero propósito de las ZPAE, esto es, el cumplimiento de los niveles de ruido en el espacio interior, que, como es sabido, afecta directamente el ejercicio del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

La segunda cuestión nos lleva al momento en que desaparezcan las causas que provocaron la declaración. En efecto, desaparecidas las causas, nada impide que se levanten las restricciones de tráfico y que se puedan, en su caso, reiniciar los procedimientos de concesión de licencias. Siendo ello así, no es descabellado pensar que pasado un tiempo las emisiones volvieran a los niveles que dieron lugar a la declaración de zona saturada de ruidos. Con ello, se plantea hasta qué punto las medidas

154. Sin embargo, como advierte F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *op. cit.*, págs. 31 y 32, a la sujeción de estas últimas inmisiones a la vía civil cabría objetar el general sometimiento de la actividad de la Administración a lo dispuesto por los artículos 139 y ss. de la LRJPAC (artículo 144) y a la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (artículos 9.4 de la LOPJ y 2.2 de la LJCA). Aun así, como señala dicho autor, dicha objeción carecería de fundamento en los casos en que la reclamación tuviera por objeto la cesación y abstención de la inmisión, por cuanto dicha pretensión es “ajena a la responsabilidad determinante de la ‘unidad de fuero jurisdiccional’ y concierne

tan solo al régimen de las relaciones de vecindad disciplinadas por el Derecho civil”. De todos modos, dicho autor señala que la unidad de fuero jurisdiccional sí impide la inserción de la pretensión de cesación e indemnización en una demanda civil, al venir atribuido el conocimiento de la segunda a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por tanto, la vía civil tendría que limitarse a la acción de cesación de la inmisión privada (artículo 73.1.1 de la LEC).

155. En este sentido, ver la ordenanza de Zaragoza.

adoptadas pueden tener carácter provisional. Tal vez para poner fin a la situación que motivó la declaración, convendría tomar medidas más a largo plazo o con carácter definitivo, como la revocación de las licencias de las actividades causantes del ruido. En este sentido, la ordenanza tipo gallega contempla la posibilidad de que se inicie de oficio la declaración de caducidad de la licencia de cualquier actividad incluida en el régimen de prohibición o limitación de una ZAA, que permanezca cerrada más de seis meses.

Varias normas autonómicas reguladoras del ruido han contemplado la existencia de zonas acústicamente saturadas, aunque bajo distintas denominaciones. Actualmente, Andalucía, Cataluña, Madrid y Comunidad Valenciana prevén de algún modo su declaración.¹⁵⁶ Como se verá, también lo han previsto algunos municipios, incluso donde la correspondiente norma no contemplaba dicha figura.

En cuanto a su declaración, generalmente queda en manos de los municipios, por una duración que se suele prever que se establezca en la propia declaración, condicionada a la consecución de los objetivos de calidad sonora que sean de aplicación, y pudiendo ser prorrogada en caso de que sea necesario.¹⁵⁷ De hecho, la LRCat se remite en lo que respecta a las medidas a adoptar tras su declaración a lo que dispongan las propias ordenanzas. Sin embargo, en algunos casos, se prevé que las comunidades autónomas puedan proceder a su declaración, como sucede en Valencia, donde se prevé cuando el ruido afecte a más de un municipio, o en Madrid.

El supuesto que puede dar lugar a la declaración de una zona como acústicamente saturada varía de una norma a otra. Así, si bien en términos generales se prevé para cuando se sobrepasen los niveles de ruido marcados por la norma, pese a ser cumplidos por las activida-

des individualmente consideradas, a menudo se concreta más el supuesto en el que se deberá declarar, indicándose los valores que se deben sobrepasar y el tiempo durante el que debe suceder.¹⁵⁸

En cualquier caso, hay que considerar dichos supuestos únicamente como uno de los casos en los que se podría proceder a su declaración, puesto que la LR únicamente habla del incumplimiento de los objetivos aplicables de calidad acústica, aun cuando se observe por los emisores acústicos los valores límite de emisión y restringirlo a los casos mencionados dejaría fuera muchos supuestos (sin ir más lejos, la acumulación de ruidos producida por la existencia de vehículos a motor). De todos modos, hay que reconocer el esfuerzo de las comunidades autónomas por acotar los supuestos en cuestión, lo cual proporciona indudablemente una mayor seguridad jurídica, aunque tal vez en este caso no era necesaria tanta concreción.

En cuanto a los efectos de la declaración, en general, las normas se refieren a la adopción de las medidas necesarias que contribuyan a la reducción de los niveles sonoros, previéndose un régimen especial de actuaciones a tal efecto. En este sentido, el DRAn prevé el establecimiento de límites de emisión al exterior más restrictivos que los de carácter general, exigiendo a los titulares de las actividades las medidas correctoras complementarias.

En relación con el régimen previsto por la LR, se puede avanzar que únicamente el DRMa hace referencia a la elaboración de “programas zonales para la mejora del medio ambiente sonoro”, pero ninguna otra norma autonómica hace referencia a alguna figura similar a los planes zonales. Tampoco se hace la distinción de dos figuras de protección como hace la LR. En cuanto a las medidas que pueden llevarse a cabo tras su declaración, ninguna hace referencia a las obras en la

156. Así, en Cataluña se habla de zonas acústicas de régimen especial, mientras que en Madrid de zonas de situación acústica especial, y en Galicia de zonas saturadas por acumulación de ruidos.

157. Artículo 19 de la LR.

158. En este sentido, En Cataluña la LRCat prevé en su artículo 7 que se declaren ZARE las zonas en que se sobrepasen los valores límite de inmisión en el ámbito exterior correspondientes a zonas de sensibilidad acústica baja en 15 dB(A) o más, dos veces por semana, durante dos semanas consecutivas o tres alternas, en el plazo de un mes. Un supuesto similar se contempla en la Comunidad Valenciana. La LRVal prevé de forma genérica en su artículo 28 que se pueda declarar una zona como acústicamente saturada cuando se contemplen elevados niveles sonoros, debido a la existencia de actividades recreativas, espectáculos o establecimientos públicos, a las actividades de quienes los utilicen o al ruido del tráfico, y cualquier otra actividad que incida en la saturación sonora de la zona. Dicho esto, se detalla el supuesto en el que se procederá a su declaración. En concreto, se prevé para el caso de que, a pesar de que cada actividad individualmente considerada cumpla con los niveles establecidos por la ley “se sobrepasen dos veces por semana durante tres semanas consecutivas o, tres semanas alternas en un plazo de 35 días naturales, y en más de 20 dBA, los niveles de evaluación por ruidos en el ambiente exterior establecidos en la tabla 1 del anexo II [...]”. Tanto en el caso de Cataluña como de la Comunidad Valenciana, nótese que se exige el incumplimiento durante dos días seguidos, con lo que hay que enten-

der que se está pensando en las actividades de ocio durante el fin de semana. De todos modos, sorprende que se tomen valores tan altos (10, 15 y 20 dBA), cuando ya se está tratando de superación de los niveles máximos. Siguiendo lo dispuesto por la ley valenciana, ver el artículo 22.2 de la ordenanza de Alicante.

En cuanto a las normas con rango reglamentario, el RRAnd en su artículo 17 prevé su declaración en “Aquellas zonas del municipio en las que existan numerosas actividades destinadas al uso de establecimientos públicos y los niveles de ruido ambiental producidos por la adición de las múltiples actividades existentes y por las de las personas que las utilicen sobrepasen en más de 10 dBA los niveles límite fijados en la tabla núm. 3 del anexo I de este reglamento, para el área de sensibilidad acústica en que puedan ser encuadradas”. Para proceder a la declaración de zona acústicamente saturada, la norma exige la existencia de afección sonora importante. Para que ello suceda, se exige que se dé alguno de los siguientes requisitos, en función del área de sensibilidad acústica de que se trate: a) Que la mitad más uno de los puntos evaluados, en los períodos nocturnos de mayor afección sonora, tengan un LAeq N igual o superior a 65 dBA, para áreas de sensibilidad acústica tolerablemente ruidosas (tipo III), para otras áreas de sensibilidad acústica, se establecerán los límites en 50 dBA, área de tipo 55dBA y 70 dBA en área de tipo IV. b) Que la mitad más uno de los puntos evaluados, en los períodos nocturnos de mayor afección sonora, tengan un LAeqN superior en 10 dBA respecto a las valoraciones realizadas los días de mínima afección sonora.

vía pública ni al traslado de focos emisores.

Tal vez, la consecuencia más destacable sea la posibilidad de suspender la concesión de autorizaciones y licencias de las actividades e instalaciones que incidieran en la degradación ambiental, e incluso suspender las ya concedidas, aunque hay que decir que no todas lo hacen.¹⁵⁹

Asimismo, se contempla la posibilidad de prohibir la instalación de nuevas actividades o la modificación y ampliación de las existentes, como prevén los decretos andaluz y de la Comunidad de Madrid, que permiten la modificación o ampliación de las actividades existentes cuando lleven aparejadas la disminución de los valores límite que se acuerde en su suspensión.

En relación con las actividades al aire libre, la LRVA prevé el establecimiento de restricciones en los horarios para las actividades responsables directa o indirectamente de los elevados niveles de contaminación acústica. Por su parte, el DRAn prevé que se establezca la prohibición o limitación horaria de colocar mesas y sillas en la vía pública, así como la suspensión temporal de dichas licencias.¹⁶⁰

Junto a dichas medidas, se suele contemplar la limitación de las condiciones de funcionamiento de las instalaciones o el establecimiento de horarios máximos. Sin embargo, hay que decir que sobre este extremo las normas autonómicas no detallan demasiado, siendo más extensas en este sentido las ordenanzas.

En lo que al tráfico rodado se refiere, en varias ocasiones se contempla la posibilidad de tomar medidas para atenuarlo o incluso prohibirlo en ciertas zonas.¹⁶¹

Finalmente, como medida bastante excepcional, el

DRMa prevé el establecimiento de ayudas dirigidas a financiar programas específicos de reducción del nivel de inmisión de ruido en el ambiente interior para las edificaciones destinadas a vivienda, usos hospitalarios, educativos o culturales situados en zonas de situación acústica especial (artículo 34), lo que denota una voluntad real de mitigar el impacto del ruido en el ambiente interior.

Como se ha indicado, no todas las normas en materia de ruidos contemplan la declaración de una zona como acústicamente saturada. En este sentido, la LR viene a dar cobertura legal a dicha figura. De modo que incluso en el supuesto de que un municipio dispusiera de ordenanza ello no obsta a que éstos puedan declarar una determinada área como zona acústica de régimen especial en los supuestos contemplados mencionados. Sólo se plantea ahí el vacío legal en algún aspecto sobre el que la norma se remite a las ordenanzas, como el contenido del estudio que se debe presentar para la proposición de una área como ZARE. De todos modos, la falta de previsión normativa no ha impedido que numerosas municipios hayan optado por regular dicha figura.¹⁶²

En líneas generales, éstas prevén en menor o mayor grado las medidas contempladas por las normas autonómicas mencionadas.¹⁶³ En este sentido, alguna prevé también el establecimiento de limitaciones con respecto a la cantidad y la ubicación de las plazas de *parking*.¹⁶⁴ Por su parte, algunas prevén medidas originales que merece la pena que sean destacadas.

La ordenanza de Ciudad Real, entre otras medidas, exige un aislamiento de los cerramientos, de modo que los niveles de ruido transmitidos al exterior y a las vi-

159. El DRMad establece en su artículo 34.a) que no se podrá autorizar en la zona la puesta en marcha o modificación de un emisor sonoro que incremente los niveles de ruido existentes en tanto permanezcan las condiciones acústicas que originaron la declaración. En similares términos el artículo 30.a) de la ley valenciana permite la suspensión de la concesión de licencias de actividad que pudieran agravar la situación. Sin embargo, el DRAnd contempla en su artículo 19.a) la posibilidad de suspender temporalmente las licencias ya concedidas.

160. En los mismos términos, la ordenanza de Terrateig Prevé la retirada temporal temporalmente la autorización para la colocación de mesas y sillas en la vía pública y la prohibición de instalar nuevas actividades o modificar y ampliar las existentes.

161. En este sentido, la LRVal contempla que se establezcan restricciones a la circulación de vehículos, facultando a los ayuntamientos para prohibir la circulación de alguna clase de vehículos o la restricción de su velocidad, así como la limitación de la misma a determinados horarios [artículo 34.c)].

162. A título de ejemplo, pueden observarse las siguientes ordenanzas: ordenanza de Cambados; ordenanza de Redondela; ordenanza de Vilanova de Arousa; ordenanza de Alicante (artículo 22 y ss.); Ordenanza de protección de Requena (en cuyo capítulo 3 regula el régimen de las zonas acústicamente saturadas por efectos auditivos) o la ordenanza de Terrateig (artículo 7 y ss.); ordenanza de Ciudad Real: artículo 9. Se considerarán zonas ambientalmente saturadas (ZAS) aquellas áreas del municipio que por sus características urbanísticas, densidad de población, tráfico o concentración de actividades de ocio, presentan degradación ambiental sonora necesitando de especiales medidas para aumentar la calidad de vida de los residentes en ella.

163. La ordenanza de Zaragoza no concreta las medidas a adoptar, limitándose a establecer, en su artículo 45.2, que las mismas "quedarán sometidas a un régimen de actuaciones que tendrán por objeto, entre otros, la progresiva reducción de los niveles sonoros en el área afectada".

A título de ejemplo, el artículo 7 de la ordenanza de Terrateig dispone que la declaración de una zona como acústicamente saturada tendrá los siguientes efectos administrativos: a) La inadecuación del ejercicio de la actividad en aquello estrictamente establecido en la licencia de apertura, cosa que será igualmente calificada como falta muy grave. b) Durante el plazo de un año quedará suspendida la concesión de nuevas licencias para aquellos tipos de actividades que se hayan considerado en el expediente como origen de la saturación. El artículo 13 de la ordenanza de A Coruña contempla medidas como la "paralización de la actividad o clausura de las instalaciones, o el precinto de equipos, así como cualquier otra que se considere imprescindible para evitar la presencia de esta situación". El artículo 24 de la ordenanza de Alicante prevé que se puedan adoptar las siguientes medidas: "[...] 2.2. Prohibición o limitación horaria de colocar mesas y sillas en la vía pública, así como la suspensión temporal de las licencias o autorizaciones concedidas. [...] 2.5. Suspender la concesión de licencias de actividad que pudieran agravar la situación, así como modificar o ampliar las actividades, que expresamente se determinen y que pueda ser origen de contaminación."

Acerca de la posibilidad de prohibir la instalación de nuevas actividades o la modificación o ampliación de las actividades existentes, ver el artículo 28.2.5 de la ordenanza de Cartagena.

En cuanto al precinto de equipos, ver la OTGal. Finalmente, en cuanto a la posibilidad de limitar el horario o incluso prohibir la instalación de colocar mesas y sillas en la vía pública, ver el artículo 28.2.2 de la ordenanza de Cartagena, y el artículo 24.2 de la ordenanza de Alicante.

164. En este sentido, el artículo 28.2.3 de la ordenanza de Cartagena prevé el "Establecimiento de limitaciones al tráfico rodado, número de plazas de

viendas colindantes no superen los niveles establecidos para dicha zona en cierta cantidad de decibelios. Asimismo, se exige una superficie mínima destinada a público de 75 m² para permitir el funcionamiento de bares o locales con instalación musical. Asimismo, para el caso de actividades ya existentes consideradas “de tratamiento acústico especial”, se exige para el cambio de titularidad la instalación de un equipo limitador-controlador de ruido.

Por su parte, la Ordenanza sobre contaminación acústica de la Comunidad de Madrid, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento en sesión de 31 de mayo de 2001, contempla la posibilidad de que aquellas zonas en las que los niveles de emisión estén por encima de los establecidos por la propia norma sean declaradas zonas de actuación acústica (ZAA). Siguiendo con la tradición de las ordenanzas reguladoras de las distancias mínimas, la ordenanza contempla el establecimiento de un régimen de distancias para las actividades de nueva implantación respecto a las existentes, así como la posibilidad de limitar sus condiciones de funcionamiento y horarios máximos.

Por otro lado, de la ordenanza de Murcia merece la pena destacar la clasificación de las actividades dentro de la ZEPM. La norma distingue entre tres tipos de actividades en función de la necesidad de adoptar medidas correctoras especiales fuera de las previstas por la ordenanza. De acuerdo con este criterio, las actividades se dividen en actividades sin tratamiento acústico especial, actividades con simple tratamiento acústico y actividades con doble tratamiento acústico.

Entre las medidas a adoptar ante la declaración de una zona como acústicamente saturada, J. Pinedo Hay¹⁶⁵ habla de la amortización de las licencias, admitiendo o fomentando un cambio de actividad hacia tipos de locales menos agresivos, e incluso la subvención del cambio de actividad a establecimientos no relacionados con el ocio nocturno. Para el caso de que en un local no sea posible la adopción de las correspondientes medidas correctoras, habrá que proceder a la amortización de las licencias de acuerdo con los criterios de oportunidad previstos por el artículo 16.2 del RSCL y las previsiones al respecto de las normas sectoriales o autonómicas.¹⁶⁶

La figura de las zonas acústicamente saturadas ha tenido acogida en la jurisprudencia, en referencia por lo general al ruido producido por las actividades de

ocio. Como ya se ha tenido ocasión de comprobar, en este caso se suele producir una pugna entre los vecinos que deben soportar los ruidos y los intereses de los empresarios titulares de los establecimientos. Como indica A. Cano Murcia,¹⁶⁷ “poner término medio que permita la coexistencia de ambos no siempre es tarea fácil”.

Al respecto, los tribunales han intentado encontrar soluciones diversas, imponiendo restricciones en los horarios de cierre de los establecimientos o mediante la limitación de las licencias de apertura. En este sentido, cada vez son más las sentencias en las que éstos anteponen el derecho al descanso de los vecinos frente a los intereses empresariales. Así, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 24 de septiembre de 1999 (Aranzadi 1999/3998) puede ser ilustrativa. Ésta pone sobre la mesa los problemas generados por la *movida*. En dicha sentencia, el Tribunal valoraba la adecuación de incluir dentro de la declaración de zona acústicamente saturada la suspensión de licencia por tres años a los establecimientos de alimentación en los que se vendían bebidas, permaneciendo abiertas “fuera del horario comercial corriente”, dando prioridad a la protección del medio ambiente por encima de la libertad de empresa.¹⁶⁸

Por su parte, en la STSJ de las Islas Baleares de 29 de julio de 1999 se valoraba la adecuación de las medidas previstas en la declaración de una zona acústicamente contaminada, pronunciándose el Tribunal a favor de “dar la prioridad del derecho a la intimidad e integridad física sobre los intereses económicos de los empresarios que se lucran con actividad que, directa o indirectamente, genera molestias a terceros”. En este sentido, el Tribunal ordenó al correspondiente ayuntamiento limitaciones horarias, al considerar que medidas como la fijación de distancias mínimas permitían la reducción del nivel de ruido a futuro pero ni corregía ni reducía el existente. También del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, ver la Sentencia de 17 de junio de 1997 (FJ 8).

En relación con el otorgamiento de licencias, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 5 de Sevilla declaró en su Sentencia de 31 de octubre de 1997 la nulidad de una licencia municipal de apertura por hallarse el establecimiento en cuestión (sometido al RAMINP) en una zona acústicamente satura-

aparcamiento mínimas exigibles y ubicación de las mismas”. Artículo 14 de la ordenanza de Ciudad Real.

165. Cfr. J. PINEDO HAY, *op. cit.*

166. Dicho precepto establece que las licencias deberán ser revocadas cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido, habrían justificado la denegación, y permite revocarlas cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación, lo que implicará el resarcimiento de los daños causados.

167. *Op. cit.*, pág. 270.

168. Éste declaró lo siguiente: “Se habla de modo confuso de la incompetencia del ayuntamiento para dictar acuerdos, como el de zona saturada, que venga a impedir usos permitidos, vulnerando con ello el principio de igualdad y de libertad de empresa reconocido por la Constitución y sin respetar la normativa comunitaria de libertad de empresa. No podemos coincidir con el actor en tal planteamiento, ya que eso supondría tanto como negar la posibilidad misma de regulación de usos inherentes a potestades pacíficas y reconocidas y amparadas por la misma Constitución como las urbanísticas, medioambientales o de protección del patrimonio histórico.”

da.¹⁶⁹

También se han ocupado de las zonas acústicamente saturadas las siguientes sentencias: STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de octubre de 2001 (Aranzadi 2001/86377); STSJ de Baleares 24 de diciembre de 2002 (Aranzadi 2003/107895) y 24 de enero de 2003 (Aranzadi 2003/86035).

En relación con la declaración de zonas acústicamente saturadas, es necesario destacar la importancia que tiene la información a los ciudadanos. Al respecto, en ocasiones se hace referencia a la publicidad de los valores obtenidos en dichas zonas, así como a las medidas a adoptar, más allá del preceptivo trámite de información público previsto por el artículo 86 de la LRJPAC.

En efecto, a menudo se exige mayor publicidad a fin de facilitar su conocimiento a los vecinos y los titulares de las actividades.¹⁷⁰ Iniciativas como ésta de gran importancia, pues en este caso el informar a los ciudadanos es clave, no únicamente facilitando el acceso a los datos sino, sobre todo, mediante una tarea divulgativa, a fin de sensibilizar a los ciudadanos de la necesidad de no superar ciertos niveles de ruido. Ello es de gran importancia dado el carácter temporal de la declaración. En efecto, como se ha visto, la declaración de una zona acústicamente saturada tiene una duración generalmente condicionada a la consecución de los niveles de ruido deseados. Así, cuando ello suceda y se proceda al levantamiento de las medidas adoptadas, a la vista falta de la previsión de medidas para ese supuesto, de no producirse ningún cambio en la actitud de los ciudadanos, muy posiblemente se volverá a los (indeseados) niveles de antes de la declaración. En este sentido, y con independencia de las medidas descritas, sería conveniente un compromiso de los poderes públicos por concienciar a los ciudadanos, ello acompañado necesariamente de los medios necesarios.

5. Técnicas de control administrativo de la contaminación acústica: inspección, licencias, medidas cautelares, infracciones y sanciones

En cuanto a las técnicas de control administrativo, como se indicaba en la primera parte de este trabajo, la LR ha supuesto un vuelco en la situación anterior. En efecto, la LR prevé un extenso cuadro de infracciones y sanciones

y contempla la posibilidad de que las ordenanzas locales establezcan sanciones por la comisión de infracciones previstas por las mismas (artículo 30). Ello supone un gran cambio, por cuanto hasta entonces, en materia de ruidos, los municipios únicamente podían establecer medidas cautelares o provisionales, de acuerdo con lo establecido por la LBRL, cuyo título XI regulaba la potestad sancionadora de los ayuntamientos, a los que únicamente se permitía el establecimiento de medidas cautelares (tales como el precinto de aparatos o equipos, la clausura temporal, total o parcial de las instalaciones o del establecimiento en cuestión, la suspensión de la actividad, la incautación de objetos o aparatos y la exigencia de fianza o caución),¹⁷¹ pues, de acuerdo con el principio de legalidad penal únicamente se pueden tipificar *ex novo* infracciones y sanciones administrativas mediante ley. Por tanto, las ordenanzas sólo podrían incidir en materia sancionadora dentro de los márgenes marcados por las leyes correspondientes. Es por ello que, por más que sobre esta materia las medidas cautelares sean básicas, ciertamente los municipios tenían coartadas sus posibilidades, al faltar el elemento coercitivo.

5.1. Potestad sancionadora tras la reforma de la LBRL

Aun así hay que decir que la elaboración de la LR ha coincidido con una esperada reforma de la LBRL en relación con la potestad sancionadora de los ayuntamientos. En efecto, la LMMGL ha supuesto la reforma del título XI de la mencionada ley, que ahora prevé un catálogo de criterios para que los ayuntamientos tipifiquen como infracciones y sanciones las contravenciones de sus ordenanzas.¹⁷² Con dicha previsión, se da cobertura legal a las ordenanzas municipales mediante el establecimiento de unos criterios mínimos de antijuridicidad. En efecto, los nuevos artículos 139 y 140 contienen un catálogo de criterios para la tipificación de infracciones administrativas en las ordenanzas. En cualquier caso, como indican F. Velasco y S. Díez,¹⁷³ “en dichos preceptos no se tipifican infracciones concretas, sino que se aportan criterios para que los ayuntamientos formulen *ex novo* concretos tipos de infracciones en sus ordenanzas”.

La mencionada reforma ha implicado también una

169. Éste declaró que “el otorgamiento de una licencia de esta naturaleza puede calificarse como una autorización administrativa de tracto continuo, que da lugar a una relación permanente entre el titular y el municipio, pues este último puede ejercer actividades de inspección y corrección de las condiciones en que se ejerce la actividad, [...], las referidas licencias por su naturaleza no entrañan un derecho inmutable en su disfrute, sino que deberán ajustarse a diario a las necesidades sociales y urbanas, que en este caso estaban claramente condicionada por la declaración del enclave urbano en donde estaba proyectada la discoteca como zona de saturación acústica”.

170. En este sentido, el RRAnd es de las pocas normas que ponen especial atención en la información a los ciudadanos, exigiendo la difusión de dicha

medida por otros medios de difusión al margen de la información pública para poner en conocimiento de la medida a vecinos y a titulares de los establecimientos correspondientes a fin de que puedan presentar alegaciones. También se exige la puesta a disposición pública de la realización de nuevas mediciones.

171. Cfr. A. CANO MURCIA, *op. cit.*, pág. 300.

172. Acerca de los efectos de la reforma de la LBRL como consecuencia de la aprobación de la LMMGL, ver en éste mismo número el artículo “Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora”, de F. VELASCO CABALLERO y S. Díez SASTRE.

173. F. VELASCO CABALLERO y S. Díez SASTRE, *op. cit.*

modificación de los artículos 127.1 y 129.1 de la LRJPAC.

De todos modos, cabe recordar que, ya antes de la aprobación de dicha reforma, una importante corriente jurisprudencial y doctrinal entendía que en el caso de las ordenanzas locales, pese a tener éstas rango reglamentario y, por tanto, estar sometidas al principio de reserva de ley, tenían que poder regular las cuestiones relacionadas con la convivencia ciudadana –siempre y cuando no se excediera de los límites previstos en los artículos 57 y ss. del TRRL– al ser aprobadas por los plenos de los ayuntamientos. En este sentido, la posibilidad de tipificar *ex novo* dichas conductas como infracción administrativa vendría justificada por la teoría de la diferenciación cuantitativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, en cuya virtud no deben seguirse idénticos principios ni respetarse las mismas garantías cuando la pequeñez de la sanción lo exigiera.¹⁷⁴

Ante esta nueva situación, es conveniente observar en qué medida las ordenanzas deberán adaptarse a los cambios normativos y, sobre todo, dónde estarían los límites a la potestad sancionadora de los entes locales a la luz del nuevo marco normativo.

En cuanto a los límites, como indican los citados autores, lo dispuesto por el nuevo artículo 139 permite que una ordenanza “albergue el mandato de conducta (prohibición, deber, limitación) y la calificación de su incumplimiento como infracción administrativa”. Lo que no cabría sería que se calificaran como sanciones el incumplimiento de mandatos contenidos en normas estatales o de comunidades autónomas. De este modo, para las infracciones tipificadas por la LR los ayuntamientos deberán aplicar las sanciones previstas por la misma.

Como se ha indicado, el artículo 140 de la LBRL establece “criterios de graduación de las infracciones”, atendiendo a la intensidad de las conductas. Acerca de dichos criterios, los autores mencionados consideran que, dada la amplitud de los mismos, sería necesario que las leyes sectoriales correspondientes estatales o autonómicas fijaran “criterios mínimos de antijuridicidad”, esto es, unos “criterios orientadores de tipificación municipal en cada concreto ámbito de actuación municipal” que, junto con las pautas del artículo 140 de la LBRL, permitiera a los ayuntamientos tipificar tipos concretos de infracción. De todos modos, lo cierto es que pese a las dificultades técnicas que se planteen, la

habilitación existe, de modo que, con la ley en la mano, nada impediría que se tipificaran por ordenanza infracciones no previstas por una ley.

En cuanto a las sanciones, el artículo 141 únicamente hace referencia a las sanciones pecuniarias, aunque se permite que una norma con rango de ley disponga sanciones de otro tipo, como ha previsto la LR.

Sentado lo anterior, y en lo que respecta al ruido, conviene analizar cuál ha sido el cuadro de infracciones trazado por la LR y las distintas normas autonómicas, así como las sanciones que hoy por hoy podrían imponer los ayuntamientos. Ello nos permitirá, por un lado, ver hasta qué punto las ordenanzas a las que se ha venido haciendo referencia tienen cabida dentro de este nuevo marco y, por otro, trazar límites al amplio margen del que parece que los municipios disponen en materia sancionadora.

Sin embargo, antes se dará un vistazo a tres aspectos de gran importancia en lo que respecta al control administrativo, a saber, la responsabilidad, el régimen de inspección y licencias y las medidas cautelares previstas por la LR.

5.2. Personas responsables

Sin perjuicio de las particularidades que al respecto puedan establecer, tanto las normas autonómicas como las ordenanzas en la materia establecen como responsables de las actividades las personas previstas en el artículo 130 de la Ley 30/1992.¹⁷⁵

Como se ha podido ver en el capítulo 3, las ordenanzas insisten en la responsabilidad de los titulares de los locales de ocio, que serán responsables del ruido producido por sus clientes.

Por su parte, en alguna ocasión también se prevé la responsabilidad de los sujetos dependientes del titular de la actividad. En este sentido, el artículo 40 del DRMa atribuye a los titulares o promotores de las actividades la responsabilidad solidaria por el incumplimiento de las obligaciones previstas en el decreto de las personas que estén bajo su dependencia.

En relación con la responsabilidad de los clientes de los establecimientos de pública concurrencia, se plantea el problema de la indeterminación de los sujetos que producen el ruido. El problema se agrava ante la práctica de lo que se conoce como *botellón*, por cuanto

174. En este sentido, el Tribunal Constitucional declaró en la STC 42/1987, de 7 de abril que “el alcance de la reserva de ley establecido en el artículo 25.1 de la CE no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia los tipos y sanciones penales en sentido estricto”; cfr. A. EMBID IRUJO, *Tratado de Derecho municipal*, vol. I, pág. 531 y ss. Más recientemente, en relación con el alcance del principio de reserva de ley y la potestad sancionadora de los ayuntamientos, ver las STC 16/2004, de 23 de febrero (Aranzadi 2004/16) y 25/2004, de 26 de febrero (Aranzadi 2004/25), y STS 29 de septiembre de 2003 (ésta se resume en la sección “Crónica de jurisprudencia” de este mismo número).

175. En este sentido, ver, entre otras muchas, la ordenanza de Granada. Por su parte, la OTRCMancha establece como responsables de las infracciones, según los casos, a las siguientes personas: a) Los titulares de las licencias o autorizaciones municipales. b) Los explotadores de la actividad. c) Los técnicos que emiten los certificados correspondientes. d) El titular del vehículo o motocicleta o su conductor. e) El causante de la perturbación. En alguna ocasión se hace referencia a la responsabilidad de los “técnicos que emiten los certificados correspondientes”. Dicha medida debe entenderse como un compromiso expreso de la Administración por velar por el cumplimiento de lo prescrito por la norma.

en este caso ya no hay un titular de una actividad que deba responder de la conducta de sus clientes. Tal vez pensando en situaciones como ésta, el DRMa establece expresamente la responsabilidad solidaria para las infracciones en las que “hubieren participado varias personas y no sea posible determinar el grado de intervención de las mismas en la infracción”. En cualquier caso, la medida no soluciona el problema mencionado. Al respecto, ya se ha podido observar que algunas comunidades autónomas han optado por la prohibición del consumo de bebidas alcohólicas.

Finalmente, en relación con las infracciones cometidas por los vehículos a motor, la LRVal dispone que para el caso de la infracción que se produzca con motivo de la utilización de los vehículos, será responsable su propietario, mientras que si resulta del funcionamiento o estado del vehículo, lo será su titular (artículo 56).

5.3. Régimen de inspección y licencias

La LR, en su artículo 27, habilita a los municipios para realizar tareas de inspección en materia de ruidos (artículo 27). Los funcionarios que realicen las labores de inspección tendrán la consideración de agentes de la autoridad.

En relación con la inspección, la LR señala, asimismo, que éstos podrán acceder a cualquier lugar, instalación o dependencia, de titularidad pública o privada, exigiéndoseles en el supuesto de entradas domiciliarias previo consentimiento del titular o resolución judicial. En este sentido, el impedimento, el retraso o la obstrucción a la actividad inspectora o de control de las administraciones públicas está tipificada como infracción grave por la LR.

Finalmente, en lo que a las tareas de inspección se refiere, la disposición adicional sexta de la LR contempla la posibilidad de que las entidades locales establezcan tasas por la prestación de servicios de inspección que realicen para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en la misma, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del artículo 20 de la LHL.

Tanto las ordenanzas como las normas autonómicas prevén medidas en relación con la práctica de las inspecciones. Como se puede comprobar, la LR no concre-

ta demasiado, con lo que las normas mencionadas difícilmente quedarán fuera de dicho margen.

En materia de inspección, merece la pena hacer especial referencia a la llevada a cabo con respecto a las condiciones de funcionamiento y la circulación de vehículos a motor (cuya competencia corresponde a la policía local). Como se ha indicado, las normas prevén un procedimiento bastante similar para el supuesto de que el correspondiente agente considere que un vehículo emite por encima de los límites permitidos.

En cualquier caso, es común en las distintas normas analizadas la expresa referencia a la necesidad de facilitar la acción inspectora.¹⁷⁶ Como se verá, el incumplimiento de dicha obligación se considera, por lo menos, como una infracción grave.

Iniciado el procedimiento sancionador, el órgano administrativo competente podrá adoptar las medidas provisionales que se indican en el siguiente apartado.

En relación con el sujeto legitimado para la práctica de las inspecciones, nos remitimos a lo indicado en el capítulo 1.

En materia de inspección hay que tener en cuenta que, como siempre, el mayor o menor celo de los agentes de la autoridad que tengan atribuidas dichas tareas es clave para que las medidas contempladas sean una realidad. Sin embargo, una buena actitud no es suficiente. Los procesos de medición son complejos, requiriendo conocimientos técnicos muy específicos, y a menudo costosos. Por tanto, sin una voluntad política de dotar al personal de los conocimientos y medios necesarios, así como de crear, en su caso, las dotaciones de personal necesarias, difícilmente se podrá dar con el cometido de las normas.

5.4. Medidas cautelares

Como se ha indicado, hasta la aprobación de la LR las ordenanzas se tenían que limitar al establecimiento de medidas cautelares. En este sentido, la LR no viene más que a dar cobertura legal a lo que las ordenanzas ya venían previendo. Así, la LR prevé en su artículo 31 que, indicado el procedimiento sancionador, el órgano competente adopte las ciertas medidas provisionales.¹⁷⁷ El incumplimiento de las mismas se considera una infrac-

176. En este sentido, un ejemplo de ello lo constituye el artículo 18.1 de la ordenanza de Llers, que dispone lo siguiente: “Actuación inspectora: el responsable del foco emisor está obligado a permitir el acceso del personal acreditado del ayuntamiento, para poder llevar a cabo la visita de inspección. A estos efectos, los titulares de las actividades deben hacer funcionar los focos emisores en la forma que se les indique, para que aquéllos puedan proceder a las medidas y comprobaciones adecuadas”. En similares términos, ver el artículo 42.3 de la ordenanza de Alicante.

177. “Artículo 31. Medidas provisionales.

“Una vez iniciado el procedimiento sancionador, el órgano competente para imponer la sanción podrá adoptar alguna o algunas de las siguientes medidas provisionales:

“a) Precintado de aparatos, equipos o vehículos.

“b) Clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones o del establecimiento.

“c) Suspensión temporal de la autorización ambiental integrada, la autorización o aprobación del proyecto sometido a evaluación de impacto ambiental, la licencia de actividades clasificadas u otras figuras de intervención administrativa en las que se hayan establecido condiciones relativas a la contaminación acústica.

“d) Medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño.”

ción muy grave.

Las medidas previstas por la LR son contempladas en mayor o en menor medida por las normas autonómicas en materia de contaminación acústica. Sin embargo, en relación con los supuestos que podrían dar lugar a la adopción de las mismas, las normas no comparten los mismos criterios.¹⁷⁸

En cuanto a la regulación efectuada por las ordenanzas municipales, se puede avanzar que en líneas generales las medidas previstas por las ordenanzas entran dentro del esquema descrito. Un ejemplo puede ser la ordenanza de A Coruña, en sus artículos 75 y ss., que regula de forma extensa el régimen de medidas cautelares. Como también prevé la LR, para las actividades que se considere que funcionen sin licencia se podrá ordenar el cese provisional de la actividad en tanto que formulen las correspondientes alegaciones. En el caso de que no las formule, se podrá ordenar sin más el cese del ejercicio de la actividad o el precinto de la maquinaria correspondiente. De detectarse que la actividad desarrollada no se ajusta a la actividad para la que cuenta con licencia, se puede ordenar su cese. Si en los dos meses siguientes al cese se realizan los ajustes oportunos, se procederá al alzamiento de las medidas, mientras que si no se hace, se impedirá el ejercicio de la actividad.¹⁷⁹

5.4.1. Medidas cautelares relativas a los vehículos a motor

Como se ha indicado, la LR contempla la posibilidad de paralizar el vehículo como medida cautelar. Como se ha visto en el capítulo correspondiente, en relación con las medidas relativas a los vehículos a motor, hay que tener en cuenta la normativa sectorial. En este sentido, cabe recordar que el TALT prevé que los agentes de la autoridad inmovilicen el vehículo en los casos de superar los niveles de ruidos reglamentariamente permitidos y en los términos previstos en el artículo 70.2 del referido decreto. Dicha medida se contempla por algunas orde-

nanzas, como la ordenanza de Requena, que en su artículo 50 prevé la inmovilización y traslado a las dependencias municipales de los vehículos cuyas emisiones sonoras superen los 90 dBA.¹⁸⁰

Como ya se ha indicado, la paralización del vehículo también se puede prever en caso de que no se disponga de dispositivo silenciador.¹⁸¹ En alguna ocasión, se prevé que la policía local obligue al infractor a “montar el silenciador o el tubo de escape” como medida preventiva.¹⁸²

5.4.2. Límites a las medidas cautelares

Pese a que la LR prevea un amplio abanico de medidas cautelares, cabe plantearse si los municipios podrían prever otro tipo de medidas y, en el caso de poder, hasta dónde llegaría la potestad para hacerlo. Al respecto, decir que nada impide que éstos adopten las medidas que consideren oportunas, pues, como ha reconocido la jurisprudencia, cabe la posibilidad de que las mismas se prevean por vía reglamentaria.¹⁸³

En cuanto a los límites que en su caso debería respetar el órgano que pretendiera proceder a la adopción de las mismas, hay que estar a lo establecido por los artículos 72 y 136 de la LRJPAC, así como en el artículo 15 del RPPS. De los mismos se deduce que las medidas que, en su caso, adopte el órgano correspondiente deberán estar expresamente previstas y ser adoptadas por acuerdo motivado, y “ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretenda garantizar en cada supuesto concreto”. Asimismo, deberán “asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer”.

5.4.3. Medidas cautelares en la vía civil

En relación con las medidas cautelares, únicamente cabe recordar que la interposición de la acción negatoria en vía civil puede suponer la adopción de medidas provisionales, pudiéndose llegar a ordenar el cese de la

178. Así el RRAnd, contempla en su artículo 51 que para el caso de que en el informe de inspección “se determinen niveles de superación en más de 6 dBA, o en tres o más curvas base respecto a la máxima exigible o ante el incumplimiento reiterado de los requerimientos dirigidos a la adopción de medidas correctoras”, adoptará todas o alguna de las medidas provisionales siguientes: a) Precintado del foco emisor. b) Clausura temporal, total o parcial del establecimiento. c) Suspensión temporal de la autorización que habilita al ejercicio de dicha actividad. Sin embargo, el DRMad exige que para la adopción de las mismas se superen en más de 10 dBA en el período diurno y 7 dBA en el nocturno.

179. En la misma línea, la ordenanza de Sevilla prevé también la suspensión del funcionamiento de la actividad en aquellos casos en los que el resultado de la inspección sea negativo “en tanto se instalen y comprueben las medidas correctoras fijadas para evitar que un nivel sonoro o de vibración que exceda del permitido [...]”. La norma también prevé en el artículo 66 el cese de actividades sin licencia, y en el artículo 67 la orden de cese inmediato del foco emisor de las actividades. Al respecto, se dispone que “En el supuesto de producción de ruidos y vibraciones que, contraviniendo esta ordenanza, provoquen riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, los agentes municipales competentes propondrán la suspensión inme-

diata del funcionamiento de la actividad o fuente perturbadora, si no ha sido atendido el requerimiento previo efectuado a su responsable titular, para que adopte las medidas necesarias a fin de adaptarse a los límites sonoros y demás condicionantes establecidos en esta ordenanza. En caso de producción de ruidos se considerará riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas cuando los valores medidos superen en más de 6 dBA los valores límites nocturnos de inmisión [...]”.

180. En el mismo sentido, ver la ordenanza de Cartagena. Por su parte, la ordenanza de Balenyà, en su artículo 8 dispone lo siguiente: “El Ayuntamiento de Balenyà se reserva la facultad de retirar los vehículos que infrinjan esta ordenanza cuando resulte imprescindible, para facilitar las inspecciones y/o controles necesarios, como en los casos de gravedad o reincidencia.”

181. Como se ha indicado, la ordenanza de Mérida contempla la posibilidad de retirar o inmovilizar el vehículo aunque no supere los niveles de emisión establecidos si éste no dispone de dispositivo silenciador (“escape libre”).

182. Artículo 9 de la ordenanza de Balenyà.

183. En este sentido, se pueden ver la STS de 21 de septiembre de 1987 (Aranzadi 1987/6135) o la STS de 31 de diciembre de 1990 (Aranzadi 1987/10430).

actividad. Dichas medidas se podrán imponer tanto en el caso de inmisiones en el ámbito privado como para las actividades que requieran de previa autorización administrativa o sometidas a normas de Derecho público.

Al respecto, como indica R. Evangelio Roca,¹⁸⁴ hay que tener en cuenta que “Las medidas correctoras inicialmente adoptadas [...] constituyen simples presunciones *iuris tantum* de seguridad, que velan en tanto proporcionan la total inocuidad de la instalación, pero que pierden su virtud cuando la realidad demuestra, por un cambio de circunstancias o por las razones que fuere, su ineficacia precautoria”. De modo que, cuando ello suceda “[...] el particular dispone de acción para exigir, ante los tribunales de lo contencioso-administrativo, [...] el establecimiento de medidas de resguardo a fin de evitar efectos nocivos sobre los vecinos o el entorno próximo; y es para la Administración, no sólo una facultad, sino un deber positivo, reforzar las medidas inicialmente decretadas e imponer unas nuevas”.

5.5. Infracciones y sanciones

5.5.1. Infracciones

Como se ha indicado, la LR habilita a las ordenanzas locales para tipificar infracciones en relación con el ruido procedente de usuarios de la vía pública en determinadas circunstancias y el ruido producido por las actividades domésticas o los vecinos, cuando exceda de los límites tolerables de conformidad con los usos locales, materias sobre las que la LR no se pronuncia directamente. Dicha remisión es de aplaudir en la medida en que permite que los municipios, más próximos a dichos problemas, puedan prever el régimen de los aspectos a los que más directamente les afectan, atribuyendo a cada conducta la correspondiente consecuencia jurídica. Sin embargo, al respecto hay que andar con cierta cautela. En efecto, la ausencia de regulación puede suponer que dichas cuestiones queden por regular, quedando un vacío legal al respecto. En cualquier caso, habrá que estar a la espera del desarrollo sobre dichas cuestiones, aunque, como se ha podido observar en los capítulos precedentes, generalmente las ordenanzas se refieren a dichas situaciones, con lo que, en principio, parecería que no sería necesario preocuparse.

Sin perjuicio del régimen de infracciones que puedan establecer las comunidades autónomas y los ayuntamientos, en virtud de sus respectivas competencias, la LR clasifica como infracciones en muy graves, graves y leves un amplio repertorio de conductas, que abarcan bastantes de los supuestos de hecho que se han estudiado a lo largo de este trabajo (artículo 28). Éstas se

pueden agrupar como sigue:

–Superación de los valores límite: será considerada infracción muy grave 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, así como 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. En el caso de que no se haya producido dicho daño o deterioro, se tratará de una infracción grave.

–Condiciones establecidas en materia de contaminación acústica en autorizaciones y licencias: 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 será considerada una infracción muy grave 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. De no haberse producido, se considerará como grave.

–Condiciones exigibles a las edificaciones: 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 será considerado una infracción muy grave y cuando no concurra dicha circunstancia, se considerará grave.

–Cumplimiento de medidas provisionales: el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la adopción de medidas provisionales conforme al artículo 31 se considera una infracción muy grave.

–Ocultación o alteración de datos: 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 tiene la consideración de infracción grave. Por su parte, la no-comunicación a la Administración competente de los datos requeridos por ésta dentro de los plazos establecidos al efecto, así como 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, se consideran infracciones leves.

–Actividad inspectora: como ya se ha indicado, el impedimento, el retraso o la obstrucción a la actividad inspectora o de control de las administraciones públicas

184. R. EVANGELIO ROCA, *op. cit.*, pág. 237.

también se considera una infracción grave.

–Medidas correctoras: la no-adopción de las medidas correctoras requeridas por la Administración competente en caso de incumplimiento de los objetivos de calidad acústica se considera infracción grave.

–Otros: el incumplimiento de las prescripciones establecidas en esta ley, cuando no esté tipificado como infracción muy grave o grave, tendrá la consideración de infracción leve.

Visto el marco trazado por la LR, procede estudiar la regulación hecha por las comunidades autónomas y sus respectivos ayuntamientos. Como se podrá comprobar, aunque todas prevean medidas similares, sobre dicha cuestión existe una gran heterogeneidad. En este sentido, hay que tener en cuenta que la LR constituye una norma básica, lo que impide que las normas autonómicas de desarrollo de dicha legislación básica contravengan su contenido esencial. En este sentido, las normas autonómicas deberán tipificar como infracción por lo menos las conductas previstas por la LR, pudiendo tipificar otras conductas. En cuanto a los ayuntamientos, ya se ha indicado que éstos están habilitados para el establecimiento de infracciones sobre determinadas conductas. Siendo ello así, se verá cómo las comunidades autónomas y los municipios han regulado hasta ahora las materias de las que los municipios carecen de habilitación expresa y para los que sí se les permite tipificar infracciones, fijándose hasta dónde alcanza su margen de maniobra.

5.5.1.1. Materias sobre las que los municipios carecen de habilitación para el establecimiento de infracciones

Como se ha indicado, los municipios están habilitados para tipificar infracciones y sancionar ciertas actividades. Para las no incluidas en dicha previsión se plantea si las ordenanzas podrían hacerlo. Al respecto, hay que tener en cuenta que la LR no es la única norma con rango de ley en materia de contaminación acústica. En efecto, existen varias normas autonómicas y estatales (en materia de ruido o de protección del medio ambiente) que también contienen el correspondiente cuadro de infracciones y sanciones. Junto a ello, hay que tener en cuenta lo dispuesto por la normativa en materia de

seguridad ciudadana y la normativa de actividades clasificadas y espectáculos públicos.¹⁸⁵

Para los supuestos que no prevean ninguna de dichas normas las ordenanzas pueden tipificar las correspondientes infracciones y sanciones, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 139 de la LBRL, si bien en ese caso únicamente se podrían imponer sanciones económicas.

Llegado a este punto, se plantea la duda de si, a la vista de la pluralidad de infracciones prevista por las distintas comunidades autónomas, cabría que las ordenanzas adoptaran las tipificaciones hechas por normas de otras comunidades autónomas. Al respecto, se puede decir que únicamente cabría hacerlo en tanto que criterio de referencia para la tipificación de las infracciones. Sin embargo, en ningún caso se puede entender que una norma de otra comunidad autónoma suponga una habilitación legal, teniendo en cuenta el ámbito territorial de las normas, de modo que, si bien se podrán prever infracciones contempladas por éstas, sólo se podrán imponer las sanciones previstas por la LBRL.

En relación con la cuantía de las mismas, el techo estaría en las cantidades previstas por el artículo 141 de la LBRL, pues las sanciones previstas por el artículo 29.1 de la LR únicamente se prevén para las conductas tipificadas en los apartados 2 a 4 del artículo 28.

Dicho esto, procedemos a destacar algunas de las previsiones hechas por las normas autonómicas existentes y algunas ordenanzas.

En relación con la posible superación de los niveles límite establecidos por las normas, se puede observar cierta disparidad de criterios. En efecto, las normas autonómicas sancionan el sobrepasar los límites de emisión establecidos por los mismos, si bien discrepan en el número de dBA por encima de los niveles máximos en que está permitido emitir. En este sentido, mayoritariamente se establece el exceso en el límite de emisión sonora permitido en 6 dBA, pero en algunos casos los límites son más restrictivos y en otros más permisivos.¹⁸⁶

Por su parte, varias autonómicas se refieren al deber de respetar las condiciones establecidas en la correspondiente autorización o licencia, así como el desarrollo de actividades sin disponer de la misma, siendo

185. Como señala J. PINEDO HAY, *op. cit.*, pág. 37, varios preceptos darían cobertura a la imposición de sanciones por el incumplimiento de los horarios. En este sentido, el autor advierte que la Ley orgánica 1/1992, de protección de la seguridad ciudadana, tipifica la infracción del horario en su artículo 26.e). Junto a ello, las distintas leyes autonómicas de actividades clasificadas se refieren a los horarios de apertura, de acuerdo con el artículo 2 de la Orden de la Consejería de la Presidencia 1562/1998, por la que se establece que “el horario de cierre implicará el cese efectivo de sus actividades”.

186. A diferencia de las demás normas, la LRCat se refiere a la superación en cierta cantidad de unidades de los valores límite, lo que hay que entender que se refiere a la superación en cierta cantidad de dBA. Hasta cinco unidades, se considerará una infracción leve, de cinco a diez, una infracción grave, y en más de diez, muy grave. En el caso de que se superen los 5 dBA

será considerada grave y por encima de 15 dBA se considerará muy grave. Por su parte, la LRVal considera infracción leve superar en más de 6 dBA los límites establecidos por la ley, y grave el superarlos entre 6 a 15 dBA. Sin embargo, la LRGal tipifica la superación de dichos límites hasta 5 dBA como una falta leve.

La OFRNav sólo el superar hasta 3 dBA dichos valores ya se entiende cometida una infracción leve, siendo grave cuando se superen entre 3 y 10 dBA y muy grave por encima de los 10 dBA. Por su parte, el RREx además de la superación o no de los valores límite tiene en cuenta la posible afección a la salud. En este sentido, se entenderá cometida una infracción cuando la superación en 3 dBA durante el día y 6 durante la noche cundo suponga un riesgo para la salud, siendo muy grave cuando suponga un grave daño para ésta.

constitutivo de infracciones graves.¹⁸⁷

Algunas normas también hacen referencia a la alteración u ocultación de datos, así como a la obstrucción de la actividad inspectora de la Administración o la desobediencia a los requerimientos de la autoridad.¹⁸⁸

Finalmente, algunas normas autonómicas reprueban la reincidencia en la comisión de infracciones.¹⁸⁹

En cuanto a las ordenanzas, también tipifican un amplio abanico de infracciones. En este sentido, hay que tener en cuenta que en tanto que una norma reglamentaria no determine los niveles máximos y, en su caso, el máximo de dBA en que dichos niveles pueden superarse, las ordenanzas deberán respetar lo que dispongan al respecto las normas de sus respectivas comunidades autónomas, siempre y cuando las haya (obviamente, eso en el caso de que las normas hubiesen previsto valores superiores a los que se fijaran reglamentariamente, puesto que, en el caso contrario, habría que atenerse a lo dispuesto por la norma autonómica).

En lo que se refiere a las conductas tipificadas por las mismas, también se contempla la superación de los valores límite.¹⁹⁰

En cuanto al cumplimiento de las condiciones establecidas en la autorización, muchas ordenanzas, por ser anteriores a la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, aún hablan únicamente de actividades clasificadas. A menudo éstas se refieren a los locales de ocio, donde la manipulación de un aparato limitador de volumen se puede llegar a considerar una infracción muy grave o el no disponer del nivel de aislamiento acústico impuesto por la licencia puede suponer

una infracción grave.¹⁹¹ Asimismo, también es habitual la exigencia de respetar los horarios.¹⁹²

Como se ha visto, con la declaración de una zona acústicamente saturada se pone especial atención a la concesión de nuevas autorizaciones y licencias, en las que se podrían exigir condiciones especiales. En este sentido, la ordenanza de Huelva tipifica como falta muy grave “la inadecuada adaptación de los locales o el ejercicio de la actividad a lo estrictamente establecido en el decreto de concesión de la licencia de apertura u ocupación de la vía pública” (artículo 49).

En lo que respecta a las exigencias relativas a las condiciones de las edificaciones, la OTRCMancha considera infracción grave el incumplimiento de las exigencias de aislamiento acústico en las edificaciones establecidos bien por la propia norma, bien por la licencia.

Finalmente, también es habitual que se sancione el incumplimiento de las medidas provisionales.¹⁹³

5.5.1.2. Ruido procedente de usuarios de la vía pública

Dentro de éste ámbito pueden agruparse tanto las prescripciones en relación con el ruido procedente de los vehículos a motor como el relativo a las actividades de ocio en la calle (entre las que está incluido el ruido procedente del llamado *botellón*). Como se ha podido comprobar, en mayor o en menor medida, las comunidades autónomas se han preocupado por dichas cuestiones.

En relación con el tráfico rodado, no son tan habituales las previsiones en las normas autonómicas,¹⁹⁴ siendo bastante habitual su previsión por las ordenanzas.¹⁹⁵

En relación con los vehículos a motor, merece la pena

187. Al respecto, la LRCat tipifica como infracción grave el incumplimiento de las condiciones impuestas en la correspondiente autorización administrativa, así como el incumplimiento de los requerimientos municipales de corrección de las deficiencias observadas, también considerado una falta grave por la LRGal, que también considera constitutivo de una falta grave la iniciación de actividades o la apertura de establecimientos e instalaciones susceptibles de producir ruidos o vibraciones sin obtener la previa autorización o licencia.

188. En cuanto al entorpecimiento de la labor inspectora, la LRCat lo considera una infracción grave, y en el caso de que suponga el retraso en el ejercicio de dichas funciones, tendrá la consideración de infracción muy grave. Por su parte, dicha norma tipifica como infracción grave el suministrar información o documentación falsa o incompleta y como muy grave, el poner en funcionamiento un foco emisor cuando se ha ordenado su precinto. El incumplimiento de los requerimientos expresos de la autoridad es considerado por dicha norma como una infracción grave. La LRGal también considera constitutivo de una infracción grave la negativa u obstrucción de la labor inspectora así como el incumplimiento de las órdenes de clausura de los establecimientos o la paralización de actividades acordadas por la autoridad competente.

En similares términos, a la LRCat, el RREx tipifica como infracción grave la resistencia a la labor inspectora, así como la negativa a facilitar datos, información o colaborar con las autoridades o sus agentes en funciones derivadas de la aplicación del mismo, siendo una infracción muy grave la negativa absoluta a facilitar la labor inspectora, y la resistencia, coacción, represalia, desacato o cualquier presión ejercida a la autoridad o sus agentes en el cumplimiento de sus funciones o el incumplimiento reiterado de requerimientos específicos de la actividad inspectora.

189. La LECat considera infracción grave la reincidencia en infracciones leves en dos años y muy grave la reincidencia de infracciones graves en el mismo período de tiempo.

El DRCLeón considera infracción muy grave la comisión de dos o más infracciones graves en tres años.

190. En este sentido, el artículo 45.d) de la OTRCMancha considera infracciones administrativas graves: “Exceder los límites de emisión sonora en más de 6 dBA”. Por su parte, sin embargo, la OTRGal sitúa este umbral en los 5 dBA y considera como infracción grave el superar los valores límite en más de 5 dBA, y muy grave si se hace 15 dBA por encima.

191. En este sentido ver el artículo 35.1.b) de la ordenanza de Sant Cugat del Vallès.

192. Al respecto, la OTRCMancha se refiere expresamente al supuesto de que se pongan en funcionamiento focos emisores fuera del horario autorizado, “tratándose de instalaciones o actividades que tienen establecidos límites horarios de funcionamiento”, hecho constitutivo de una infracción leve.

193. En este sentido, sirva de ejemplo la OTRCMancha, que lo considera constitutivo de una infracción grave.

194. En este sentido, la LRCat tipifica como infracción grave el circular con un silenciador ineficaz, incompleto, inadecuado o deteriorado (artículo 30), siendo sancionado con multas de 900 a 12.000 euros, por ser considerada una infracción grave. Por su parte, la LRVal se refiere expresamente al supuesto de que se superen los niveles sonoros permitidos en más de 6 dB(A) en el caso de ruidos producidos por vehículos a motor, o para el caso de que no se presenten los vehículos a inspección, ambos hechos constitutivos de una infracción leve, imponiéndose para el caso de incumplimiento una multa máxima de 600 euros.

195. El artículo 35.d) de la OTRGal considera constitutivo de una falta leve “La circulación de vehículos a motor con escape libre y con silenciadores ineficaces, incompletos inadecuados o deteriorados”.

destacar lo previsto por alguna de ellas. Al respecto, la ordenanza de Balenyà dispone lo siguiente: “Se considera infracción grave cuando concurra en esta cualquiera de las circunstancias siguientes: *a)* Nocturnidad. *b)* Emisión de ruidos cerca de los edificios públicos como hospitales, residencias y otros centros asistenciales. *c)* Ruido extremado o insistente. *d)* Por deficiencias técnicas. En las circunstancias *a)* y *b)* de deberá abonar la tasa de retiro y depósito municipal.”

En cuanto a los ruidos producidos por las obras u otras operaciones al aire libre, no se prevé por las normas autonómicas. Sin embargo, alguna que otra ordenanza lo tipifica como infracción. En este sentido, la ordenanza de Cartagena, en su artículo 55, considera una infracción grave (y, por tanto, sancionable con una multa de 211 a 450 euros) “La realización de obras, operaciones de carga y descarga de mercancías y mudanzas en la edificación o en la vía pública con incumplimiento de los horarios o límites de nivel sonoro permitidos por la ordenanza”.

En relación con las actividades de ocio en la calle, lamentablemente hay que decir que no es nada frecuente que, más allá de cláusulas generales como la indicada, se prevean sanciones específicas para dichas conductas. En relación con dichas conductas, también se plantea dónde está el límite de la potestad sancionadora de los municipios. Al respecto, recordar que la LR prevé la imposición de sanciones de carácter pecuniario, como se ha observado que prevén las ordenanzas citadas, así como la “Suspensión de la vigencia de las autorizaciones o licencias municipales en las que se hayan establecido condiciones relativas a la contaminación acústica, por un período de tiempo inferior a un mes”. Por tanto, cabría la suspensión por el tiempo indicado de la vigencia de las licencias de los titulares de terrazas o de locales de ocio que incumplieran los horarios.

5.5.1.3. Ruido producido por las actividades domésticas o los vecinos, cuando exceda de los límites tolerables de conformidad con los usos locales

Las normas autonómicas no hacen mención expresa a las actividades domésticas, que en las ordenanzas no pasan de considerarse como infracción leve (que, según la LBRL, se podría sancionar con una multa de hasta 750 euros).¹⁹⁶

5.5.2. Sanciones

La LR atribuye a los ayuntamientos potestad sancionadora, puesto que, como se indica en la exposición de motivos, las autoridades locales son “más próxi-

mas al fenómeno de contaminación acústica generado”. En efecto, la LR da cierto margen a los ayuntamientos, permitiéndoles en su artículo 29.2, para las infracciones previstas por aquéllas, la imposición de multas y la suspensión de la vigencia de las autorizaciones o licencias municipales en las que se hayan establecido condiciones relativas a la contaminación acústica, por un período de tiempo inferior a un mes.

Sin embargo, las comunidades autónomas pueden ejercer dichas competencias en los supuestos enumerados por la ley. Obviamente, la Administración General del Estado podrá también imponer sanciones en el ejercicio de sus competencias exclusivas.

En cuanto al régimen de sanciones previsto por la LR, hay que decir que éste es bastante estricto, sobre todo en la imposición de multas, que pueden llegar a 300.000 euros para las infracciones muy graves. Junto a ello, se prevé también la revocación de la autorización ambiental integrada o licencia de actividades clasificadas o la suspensión de su vigencia hasta cinco años, así como la clausura de instalaciones o el precinto temporal de los equipos y máquinas o la prohibición del desarrollo de actividades.

La LR prevé varios tipos de sanción, que se pueden agrupar como sigue:

–Multas: en el caso de infracciones muy graves, podrán ser desde 12.001 euros hasta 300.000 euros; en el caso de infracciones graves, las multas serán desde 601 euros hasta 12.000 euros, y en el caso de infracciones leves se prevén multas de hasta 600 euros.

–Autorizaciones y licencias: se prevé la revocación o la suspensión de la autorización ambiental integrada, la autorización o aprobación del proyecto sometido a evaluación de impacto ambiental, la licencia de actividades clasificadas u otras figuras de intervención administrativa en las que se hayan establecido condiciones relativas a la contaminación acústica; en el caso de infracciones graves se podrá suspender la actividad por un período de tiempo comprendido entre un año y un día y cinco años, mientras que en el caso de que se tratara de una infracción grave, el plazo de vigencia máximo estaría entre un mes y un día y un año.

–Instalaciones: se prevé la clausura definitiva o provisional, total o parcial, de las mismas; para las infracciones muy graves, la clausura puede tener una duración de dos a cinco años, y para las graves se prevé un máximo de dos años.

–Equipos y máquinas: se puede proceder a su precin-

196. La ordenanza de Cartagena, ya citada, considera infracción leve “La tenencia de animales domésticos incumpliendo con las prescripciones establecidas en el artículo 30 de la presente ordenanza”, o “El incumplimiento de las normas reguladoras del funcionamiento de los sistemas de alarmas y sirenas [...]” (dichas conductas, por tratarse de infracciones leves, se pueden

sancionar con multas de hasta 210 euros). Por su parte, la OTRCMancha tipifica como infracción leve “el comportamiento incívico de los vecinos cuando desde sus viviendas transmitan ruidos que superen los niveles de inmisión establecidos en esta ordenanza” (artículo 46).

to temporal o definitivo.

–Actividades: se puede prohibir el desarrollo temporal o definitivo de las mismas.

–Publicación, a través de los medios que se consideren oportunos, de las sanciones impuestas, una vez que éstas hayan adquirido firmeza en vía administrativa o, en su caso, jurisdiccional, así como los nombres, apellidos o denominación o razón social de las personas físicas o jurídicas responsables y la índole y naturaleza de las infracciones; entre las sanciones mencionadas, merece la pena destacar por su carácter novedoso la previsión de publicar las sanciones impuestas, así como los nombres, apellidos o denominación o razón social de las personas físicas o jurídicas responsables y la índole y naturaleza de las infracciones.¹⁹⁷

En materia de sanciones, encontramos la plasmación de la heterogeneidad observada con respecto a las infracciones. En este sentido, en la imposición de multas, el baile de cifras es considerable. Al respecto, como se ha indicado, convendría que las normas se adaptaran a las previsiones de la LR en la medida en que dichas sanciones estuvieran por debajo de lo previsto por la ley básica, como efectivamente sucede en algunos. De hecho, únicamente la LRCat encaja con lo previsto por la LR.¹⁹⁸

En cuanto a las ordenanzas, se reitera la variedad de sanciones. Así, en relación con las multas, éstas pueden ir para las infracciones graves de cantidades máximas tan dispares como 1.803 euros (ordenanza de Zaragoza), 15.000 euros (ordenanza de Granada) o 60.000 euros (ordenanza de A Coruña).

Como advierte Cano Múrcia,¹⁹⁹ la LR ha olvidado la posibilidad de imponer multas coercitivas, como sí prevén algunas normas autonómicas.²⁰⁰

5.6. Indemnización de daños y perjuicios

Lamentablemente, la LR ha descuidado la posibilidad de indemnizar al perjudicado por el ruido por los daños y perjuicios sufridos, como sí prevé la LRGal o, más recientemente, la LRCat. Ante ello habrá que acudir a los mecanismos tradicionales que el Derecho civil brinda en materia de responsabilidad extracontractual (artículo 1902 del CC).

En este sentido, la jurisprudencia se ha pronunciado

en numerosas ocasiones acerca de la necesidad de indemnizar por las molestias sufridas por actividades ruidosas, incluso cuando éstas contaran con la correspondiente autorización. Así, en la STS de 29 de abril de 2003 (Recurso 2527/1997), haciendo prevalecer el derecho a la intimidad, se condenó a una empresa a la indemnización por las molestias causadas por la carga y descarga de camiones que ésta efectuaba pese a contar con la correspondiente licencia de actividades clasificadas, y al ayuntamiento, que no adoptó las medidas previstas por el RAMINP. En lo que respecta a los daños, se ha previsto la posibilidad de indemnizar no sólo los de carácter físico sino también los de carácter moral (SAP Barcelona de 14 de enero de 2002; STS de 12 de diciembre de 1980).

6. Valoraciones finales

Como se ha podido comprobar, el entramado normativo de la regulación de la contaminación acústica en España es complejo, constituido por una ordenación irregular y a distintas velocidades.

Como se ha visto, la LR modifica en parte el mapa normativo actual, de modo que en ciertos aspectos las comunidades autónomas deberán adaptar sus disposiciones a lo que ésta prevea. En este sentido, la LR establece en su disposición transitoria segunda la obligación de adaptar el planeamiento territorial general en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor de su reglamento. Por su parte, en lo que a plazos se refiere, obliga a los emisores acústicos existentes en la fecha de entrada en vigor de esta ley a adaptarse a lo dispuesto en la misma antes del día 30 de octubre de 2007. Dichos plazos no sólo son suficientes para adaptarse a las medidas, sino que resultan excesivos. Al respecto, se puede entender el largo período en el caso del planeamiento, dada la lentitud de su procedimiento de aprobación, pero no se puede decir lo mismo en relación con la necesidad de adaptar los emisores acústicos existentes a lo dispuesto por la norma. Efectivamente, algunas de las medidas propuestas tienen cierto grado de complejidad, y su coste puede ser considerable (así, las condiciones de aislamiento exigidas a los locales), pero un plazo de cuatro años resulta excesivo.

En cualquier caso, habrá que estar a la espera no sólo

197. Dicha sanción es poco frecuente, si bien algunas normas la prevén. Éste es el caso de la nueva Ordenanza municipal de ruido y contaminación de la atmósfera por otras formas de energía de Madrid.

198. Ésta prevé el siguiente cuadro de sanciones: las infracciones leves se sancionarán con multas de hasta 900 euros; las graves, con multas de 900 a 12.000 euros y las muy graves, con multas de 12.001 a 300.000 euros. Junto a ello, se prevé la suspensión temporal de la actividad por un período de hasta seis meses para las infracciones graves, y por más de seis meses o con carácter definitivo para las muy graves. En cuanto a las demás ordenanzas, generalmente están por debajo de lo previsto por la LR, siendo la LRVal la que tipifica sanciones más leves: las infracciones leves se sancionan con multas

de entre 60 y 600 euros, las graves de entre 601 y 6.000 euros y las muy graves de 6.001 a 60.000 euros. En el otro extremo, el RRAn y el DRCLeón contemplan para las infracciones leves sanciones de hasta 6.010,12 euros y para las graves de hasta 60.101,12 euros. Las sanciones más graves para las infracciones graves las prevé el RREx, sancionándolas con multas de hasta 601.012,10 euros.

199. *Op. cit.*, pág. 556.

200. El RRAn prevé multas de hasta 300 euros. La LRCat las prevé de hasta 600 euros, con un máximo de 3. La LRGal de hasta 3005,05 y la LRVal de una cuantía de hasta el 20% de la sanción.

del correspondiente desarrollo normativo sino también de la aplicación de la norma, ya que, a menudo, las ordenanzas contra la contaminación acústica fracasan por la inadecuada gestión. En este sentido, nos referimos tanto a la actividad inspectora del personal del ayuntamiento, como al diseño de los correspondientes mapas acústicos y el desarrollo de los planes de acción exigidos por la directiva europea. Para ello, será preciso observar de cerca la labor de los distintos ayuntamientos que tengan la obligación de hacerlo, y si éstos se mueven dentro de los plazos establecidos por la normativa comunitaria.

Lo indicado impide trazar el perfil de una ordenanza modelo para todo el territorio. Sin embargo, ello también se debe a la necesidad de cada ordenanza de responder a las necesidades de los municipios. En este sentido, podrían agruparse los municipios en función de sus características. Así, podría distinguirse entre los municipios grandes, frente a los pequeños, ambos con necesidades y problemáticas distintas. En los primeros, a los que la normativa comunitaria presta especial atención, la suma de múltiples fuentes de ruido posiblemente haga necesario adoptar más a menudo medidas como la declaración de alguna área como “zona acústicamente saturada” (o lo que la LR denomina “zonas de protección acústica especial”). También en las grandes ciudades es probable que sea más necesaria la adopción de otras medidas que permitan prevenir del ruido proveniente del parque automovilístico, así como el de las actividades de ocio.

Asimismo, también es posible que el hecho de tratarse de un municipio turístico, en los que la actividad en la calle suele ser más intensa, especialmente en ciertas épocas del año, exija tomar medidas concretas. En este sentido, hay que tener en cuenta que el silencio constituye un valor añadido, y en los municipios con gran afluencia de turistas se debe valorar si priorizar un ambiente libre de ruidos o los intereses de ciertos *lobbys* empresariales.

En este sentido, se ha sugerido la posibilidad de crear la figura del “municipio no ruidoso” al amparo del artículo 30 de la LBRL, que prevé regímenes especiales para municipios que reúnan ciertas características.²⁰¹ Se trataría de una figura voluntaria a la que se podrían acoger aquellos que apostaran claramente por la adopción de medidas contra la contaminación acústica, o aquellos que apostaran por un turismo de calidad, así como en el caso de balnearios o núcleos de prevalencia sanitaria, asistencial o de reposo, en los que se quisiera primar una vida tranquila. Su declaración podría implicar el derecho a gozar de exenciones tributarias o de subvenciones.

En definitiva, cada municipio tiene una morfología y

unos problemas que les son propios, teniéndose que configurar las normas en función de sus necesidades. A tal efecto, sería conveniente un esfuerzo por encontrar medidas originales y efectivas para la prevención del ruido, pues las medidas que se han descrito no son más que un punto de partida.

En cualquier caso, se adopten las medidas que se adopten, es imprescindible trabajar paralelamente en la sensibilización de los ciudadanos sobre dichas cuestiones, así como en el desarrollo de mecanismos de participación. Estamos en uno de los países más ruidosos del mundo, siendo el ruido una constante en el día a día. Muchas de las medidas que se han descrito suelen generar un notable rechazo social (así, la inmovilización de vehículos, la exigencia de mayores requisitos para la obtención de licencias, etc.), con lo que, si no se trabaja en el sentido indicado, posiblemente lo dispuesto por las normas no pase de meras declaraciones de intenciones.

Sea como sea, se ha visto que existen herramientas para prevenir el ruido, aunque, como todo, tienen un coste. Se trata únicamente de valorar en cada caso qué precio se le pone al silencio.

Anexo de ordenanzas localizadas

La web de la Fundación Democracia y Gobierno Local (www.gobiernolocal.org/enlaces.htm) contiene una base de datos de ordenanzas municipales de los miembros de la Fundación (A Coruña, Badajoz, Barcelona, Gran Canaria, Huesca, Lugo, Menorca, Ourense, Sevilla, Tenerife y Zaragoza).

La web del Principado de Asturias (www.princast.es) tiene un *link* con las páginas web de los diarios oficiales de todas las provincias de España (salvo Guadalajara y León).

1. Ordenanzas de protección frente al ruido (agrupadas por comunidad autónoma y por orden alfabético)

Andalucía

Córdoba. Ordenanza municipal de protección del medio ambiente urbano contra la emisión de ruidos y vibraciones (BOPC de 13 de octubre de 2000).

Granada. Ordenanza municipal de protección del ambiente acústico en Granada (BOPG núm. 29, de 6 de febrero de 2001).

Huelva. Ordenanza municipal para la corrección de la corrección de la contaminación acústica (BOPH núm. 157, de 9 de julio de 2002).

Peñaflor. Ordenanza municipal de protección del

201. Cfr. F. L. DE ANDRÉS ALONSO, *El tratamiento administrativo de la contaminación acústica*.

medio ambiente contra los ruidos y vibraciones (BOPS de 20 de febrero de 2003).

Sevilla. Ordenanza de protección del medio ambiente en materia de ruidos y vibraciones (BOPS núm. 95, de 26 de abril de 2001).

Aragón

Alcañiz. Ordenanza de ruidos y vibraciones (BOA núm. 64, de 4 de abril de 2002).

Huesca. Ordenanza municipal reguladora de la emisión y recepción de ruidos y vibraciones (BOA núm. 110, de 16 de mayo de 2001).

Zaragoza. Ordenanza para la protección contra ruidos y vibraciones (BOA núm. 280, de 5 de diciembre de 2001).

Islas Baleares

Alaior. Modificació de l'ordenança de protecció de l'atmosfera davant la contaminació per renous i vibracions (BOIB de 27 de agosto de 2002).

Calvià. Ordenanza municipal de protección del medio ambiente contra la contaminación por ruidos y vibraciones (BOIB núm. 73, de 19 de junio de 2001).

Es Castell. Ordenança de protecció de l'atmosfera davant la contaminació acústica per renous i vibracions (BOIB de 28 de febrero de 2002).

Es Mercadal. Normes particulars relatives a la protecció de l'atmosfera davant la contaminació per renous i vibracions (BOIB de 27 de julio de 2002).

Sant Lluís. Ordenança sobre normes particulars relatives a la protecció de l'atmosfera davant la contaminació per renous i vibracions (BOIB de 27 de julio de 2002).

Islas Canarias

Adeje. Ordenanza municipal de protección del medio ambiente (BOPTF núm. 30, de 11 de marzo de 1994).

Santa Cruz de Tenerife. Ordenanza municipal de protección del medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones (BOPTF de 19 de junio de 1995).

Villa de Garachico. Ordenanza municipal para la protección del medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones (BOPTF de 2 de abril de 2003).

Cantabria

Castro Urdiales. Ordenanza municipal de protección del medio ambiente frente a ruidos y vibraciones (BOC núm. 76, de 20 de abril de 2004).

Reocín. Ordenanza de protección del medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones (BOC núm. 241, de 18 de diciembre de 2000).

Reocín. Ordenanza reguladora de la ocupación temporal con mesas, veladores o instalaciones análogas (BOC núm. 185, de 25 de septiembre de 2002).

Santander. Ordenanza sobre protección del medio

ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones (BOC 23 de junio de 1998).

Castilla-La Mancha

Almodóvar del Campo. Ordenanza general de medio ambiente (BOPCR núm. 29, de 7 de marzo de 2001).

Argamasilla de Alba. Ordenanza municipal de medio ambiente (BOPCR núm. 31, de 12 de marzo de 2001).

Argamasilla de Calatrava. Ordenanza municipal de protección ambiental (BOPCR núm. 18, de 10 de febrero de 2003).

Carrion de Calatrava. Ordenanza municipal de medio ambiente, protección contra ruidos y vibraciones (BOPCR núm. 77, de 30 de junio de 2000).

Ciudad Real. Ordenanza de emisión de ruidos y vibraciones (BOPCR núm. 102, de 28 de agosto de 2002).

Gerindote. Ordenanza municipal sobre normas de protección acústica de Gerindote (BOPT núm. 240, de 19 de octubre de 2002).

Lillo. Ordenanza municipal sobre normas de protección acústica (BOPT 169, de 26 de julio de 2002).

Membrilla. Ordenanza municipal reguladora de medio ambiente (BOPCR núm. 11, de 24 de enero de 2003).

Miguelturna. Ordenanza municipal sobre contaminación acústica (BOPCR núm. 126, de 23 de octubre de 2002).

Pedro Muñoz. Ordenanza reguladora de medio ambiente (BOPCR núm. 61, de 23 de mayo de 2001).

Socuellamos. Ordenanza municipal de protección ambiental (BOPCR núm. 99, de 20 de agosto de 2001).

Solana, La. Ordenanza reguladora de medio ambiente (BOPCR núm. 156, de 2000).

Valmojado. Ordenanza de protección acústica (BOPT núm. 83, de 10 de abril de 2003).

Castilla y León

Valladolid. Reglamento municipal sobre protección del medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones (BOP de 27 de febrero de 2002).

Cataluña

Barcelona. Ordenança general del medi ambient urbà (BOPB 143, de 16 de junio de 1999).

Esparreguera. Ordenança municipal de mobilitat (BOPB núm. 4, de 4 de enero de 2001).

Fontanals de Cerdanya. Ordenança municipal reguladora de sorolls i vibracions (BOPG núm. 52, de 17 de marzo de 2003).

Gironella. Ordenança municipal reguladora del soroll i les vibracions (BOPB de 10 de diciembre de 2001).

Llers. Ordenança de sorolls, vibracions i contaminació acústica (BOPG núm. 41, de 28 de febrero de 2003).

Monistrol de Calders. Ordenança reguladora dels sorolls i les vibracions (BOPB núm. 16, de 18 de enero de 1997).

Pallejà. Ordenança municipal reguladora de sorolls i

vibracions (BOPB de 4 de enero de 2002).

Sant Andreu de Llobaneres. Ordenanza municipal reguladora de la contaminación acústica (BOPB de 13 de septiembre de 2002).

Sant Boi de Llobregat. Ordenanza municipal reguladora de la contaminación acústica en el municipio (BOPB núm. 158, de 3 de julio de 2001).

Sant Cugat del Vallès. Ordenanza municipal para la regulación y mejora de la calidad sonora ambiental del municipio (BOPB núm. 287, de 30 de noviembre de 2003).

Sant Salvador de Guardiola. Ordenanza municipal de Sant Salvador de Guardiola reguladora del ruido y las vibraciones (DOGC núm. 115, de 14 de mayo de 2003).

Vandellòs i l'Hospitalet de l'Infant. Ordenanza municipal sobre el control de la contaminación acústica del medio urbano por causa de ruidos (BOPT núm. 18, de 23 de enero de 2003).

Galicia

Ames. Aprobación definitiva de la Ordenanza municipal contra la contaminación acústica (BOPC núm. 23, de 29 de enero de 1999).

Coruña, A. Ordenanza municipal medioambiental reguladora de la emisión de ruidos y vibraciones y del ejercicio de las actividades sometidas a licencia (BOPC núm. 162, de 16 de julio de 1998).

Cambados. Ordenanza municipal de protección del medio ambiente contra la contaminación acústica (BOPP núm. 90, de 13 de mayo de 2003).

Ferrol. Propuesta de aprobación definitiva de la Ordenanza municipal reguladora de protección frente a la contaminación atmosférica por formas de energía (BOPC núm. 252, de 3 de noviembre de 1998).

Redondela. Ordenanza municipal de protección del medio ambiente contra la contaminación acústica (BOPP núm. 188, de 30 de septiembre de 2003).

Santiago. Ordenanza general municipal generadora de ruidos, vibraciones y condiciones de los locales (BOPC núm. 84, de 11 de abril de 2003).

Vilanova de Arousa. Ordenanza municipal sobre protección contra la contaminación acústica (BOPP núm. 172, de 8 de septiembre de 2003).

Comunidad de Madrid

Madrid. Ordenanza sobre contaminación acústica de la Comunidad de Madrid, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento en sesión de 31 de mayo de 2001 (derogada).

Madrid. Ordenanza municipal de ruido y contaminación de la atmósfera por otras formas de energía (BAM núm. 561, de 24 de junio de 2004).

Región de Murcia

Cartagena. Ordenanza municipal sobre protección del medio ambiente contra ruidos y vibraciones (BORM de 7 de febrero de 2003).

Lorquí. Ordenanza sobre protección del medio ambiente contra la emisión de ruidos (BORM núm. 143, de 24 de junio de 1998).

Murcia. Ordenanza municipal sobre protección del medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones (BORM núm. 15, de 19 de mayo de 2000).

País Vasco

Astigarraga. Ordenanza reguladora de la actuación municipal frente a la contaminación acústica por ruidos y vibraciones (BOG núm. 22, de 4 de febrero de 2004).

Azpeitia. Aprobación definitiva de la ordenanza municipal para el control del ruido en el interior de los establecimientos sujetos a licencia de apertura (BOG núm. 52, de 14 de marzo de 2001).

Campezo. Ordenanza municipal de ruidos (BOTH núm. 108, de 21 de septiembre de 2001).

Donostia-San Sebastián. Ordenanza reguladora de la actuación municipal frente a la contaminación acústica por ruidos y vibraciones (BOG núm. 197, de 17 de octubre de 2000).

Urnieta. Aprobación definitiva de la Ordenanza municipal sobre emisión de ruidos y vibraciones (BOG núm. 152, de 9 de agosto de 2001).

Vitoria-Gasteiz. Ordenanza reguladora de ruidos y vibraciones (BOTH núm. 78, de 12 de julio de 2002).

Zarautz. Ordenanza Municipal para la protección de las personas contra las emisiones de ruidos y vibraciones (BOG núm. 30, de 16 de febrero de 1998).

Comunidad Valenciana

Alicante. Ordenanza municipal sobre protección contra ruidos y vibraciones (puede consultarse su texto en www.alicanteayto.es/documentos/medioambiente/orv.pdf).

Alicante. Ordenanza municipal de protección contra la contaminación acústica

(pendiente de aprobación; puede consultarse su texto en www.alicanteayto.es/documentos/medioambiente.pdf).

Requena. Ordenanza de protección contra la contaminación acústica por ruidos y vibraciones (BOP núm. 76, de 31 de marzo de 2003).

Terrateig. Ordenanza municipal sobre prevención de la contaminación acústica, protección contra ruidos y vibraciones (BOP núm. 139, de 13 de junio de 2003).

Utiel. Ordenanza municipal sobre prevención de la contaminación acústica (protección contra ruidos y vibraciones) (DOGV núm. 3214, de 31 de marzo de 1998).

Valencia. Ordenanza municipal de ruido y vibraciones (BOPV de 23 de julio de 1996).

2. Ordenanzas en materia de circulación

Andalucía

Burguillos. Ordenanza municipal de circulación y seguridad vial (Sevilla) (BOPS núm. 240, de 15 de octubre de 2003).

Aragón

Zuera. Ordenanza municipal para la protección de ruidos perturbadores producidos por ciclomotores motocicletas y análogos (BOA núm. 145, de 26 de junio de 2002).

Castilla-La Mancha

Cazalegas. Ordenanza municipal de tráfico (BOPT núm. 228, de 3 de octubre de 2001).

Seseña. Ordenanza municipal de tráfico (BOPT núm. 52, de 4 de marzo de 2003).

Cataluña

Balenyà. Ordenança municipal per conservar la qualitat sonora enfront del soroll emès pels vehicles de motor (BOP núm. 167, de 14 de julio de 1998).

Blanes. Ordenança de circulació de persones i vehicles en les vies urbanes (BOPG núm. 160, de 22 de agosto de 2003).

Cabrils. Ordenanza de circulació de vianants i de vehicles (DOGC de 12 de julio de 2001).

El Prat de Llobregat. Ordenança municipal general de circulació de vianants i vehicles del Prat de Llobregat (BOPB núm. 186, de 5 de agosto de 2003).

Llagostera. Ordenança de circulació (BOPG núm. 199, de 16 de octubre de 2002).

Palamós. Ordenança de circulació, seguretat i circulació viària (BOPG núm. 34, de 18 de febrero de 2002).

Sant Adrià de Besòs. Ordenança municipal general de circulació de vianants i vehicles de Sant Adrià de Besòs (BOPB núm. 59, de 10 de marzo de 2003).

Terrassa. Ordenança de bon govern i convivència ciutadana (BOPB núm. 266, de 7 de noviembre de 1995).

Extremadura

Fregenal de la Sierra. Ordenanza reguladora del tráfico y circulación urbana (BOPBAD de 28 de marzo de 2003).

Lobón. Ordenanza de circulación (BOPBAD de 14 de junio de 2001).

Mérida. Ordenanza municipal reguladora de la medida y evaluación de ruidos producidos por ciclomotores, motocicletas y análogos (BOPBAD de 27 de marzo de 2002).

Miajadas. Ordenanza ruidos motos, ciclomotores (BOPC de 19 de junio de 2002).

Villanueva de la Serena. Ordenanza municipal reguladora de la prevención de la contaminación acústica producida por ciclomotores, motocicletas y demás vehículos de tracción mecánica de Villanueva de la Serena (BOPBAD, de 27 de septiembre de 2002).

País Vasco

Beasain. Ordenanza municipal reguladora de los usos, tráfico, circulación y seguridad en las vías públicas de carácter urbano (BOG núm. 174, de 16 de septiembre de 2002).

Pasaia. Ordenanza reguladora de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial en el municipio (BOG núm. 76, de 24 de abril de 2003).

Zarautz. Ordenanza municipal sobre ruido en vehículos de motor (BOG núm. 151, de 8 de agosto de 2001).

3. Ordenanzas de policía y buen gobierno y convivencia ciudadana**Cataluña**

Argentona. Ordenança de convivència ciutadana de l'Ajuntament d'Argentona (BOPB núm. 32, de 6 de febrero de 1999).

Alella. Reglament sobre la instal·lació de terrasses a les places, els carrers i els espais públics (BOPB núm. 39, de 14 de febrero de 2002).

Llavorsí. Ordenança municipal de bon govern i convivència ciutadana (BOPL núm 77, de 22 de junio de 2004).

Lliçà de Vall. Ordenança municipal de policia i de bon govern de Lliçà de Vall (BOPB de 4 de marzo de 2002).

Port de la Selva. Ordenança de policia, bon govern i circulació (BOPG núm. 154, de 9 de agosto de 2001).

Sant Cugat del Vallès. Ordenança municipal de convivència ciutadana reguladora dels usos de les vies i dels espais públics de Sant Cugat del Vallès (BOPB de 13 de noviembre de 2002).

Islas Canarias

San Miguel de Abona. Ordenanza municipal de policía y buen gobierno (BOPTF, de 30 de enero de 2004).

Villa de Arafo. Ordenanza municipal de policía y buen gobierno (BOPTF de 18 de abril de 2003).

Extremadura

Orellana de la Sierra. Ordenanza de policía y buen gobierno y convivencia ciudadana de Orellana de la Sierra (BOPBAD de 8 de marzo de 2001).

Santa Marta. Ordenanza de policía y buen gobierno de Santa Marta (BOPBAD de 31 de diciembre de 2003).

4. Otros**Cataluña**

Badalona. Ordenança municipal d'activitats i d'interacció ambiental de l'Ajuntament de Badalona (BOPB, de 4 de abril de 2003).

Galicia

Vigo. Ordenanza general reguladora de las obras y las consiguientes ocupaciones necesarias para la implantación de servicios en la vía pública (BOPP núm. 18, de 25 de enero de 2002). ■

La sección “Crónica de jurisprudencia” selecciona sentencias de todos los órdenes jurisdiccionales de interés para quienes actúan en el ámbito local, con el objetivo de coadyuvar a mantener actualizados a los operadores jurídicos locales y de consolidar progresivamente una base de resoluciones jurisprudenciales (que será accesible desde la web de la Fundación Democracia y Gobierno Local), que permitan ayudar a resolver el amplio abanico de cuestiones con las que se enfrentan las administraciones locales. Ello explica que se recojan resoluciones sobre cuestiones cerradas, o aparentemente cerradas, junto con resoluciones novedosas, por el tema o por la doctrina jurisprudencial, o con resoluciones que confirman líneas jurisprudenciales de dudosa aplicación a la vista de las modificaciones normativas.

El objetivo es hacer la lectura de la jurisprudencia para los operadores jurídicos locales. Una lectura necesariamente sesgada que no debe olvidar que es mucha la información a la que aquellos operadores pueden acceder, que se dirige a atender las necesidades más generales y comunes, y que debe primar las sentencias que sistematizan la doctrina anterior delimitadora de líneas consolidadas de jurisprudencia. Ello conlleva que no se incluyan las resoluciones que no responden a las claves señaladas.

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 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 julio de 2003 hasta el 30 de octubre 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 del 16 de octubre de 2003 al 15 de febrero de 2004.

Las sentencias seleccionadas, de todos los órdenes jurisprudenciales, ofrecen un amplio abanico de cuestiones muy diversas, y, tal como anunciábamos en el número anterior, iniciamos una sección que analiza las sentencias seleccionadas desde la perspectiva de un concreto ámbito material (la contratación administrativa), con el título de “Comentarios a la jurisprudencia en materia de contratación de las administraciones públicas”. Esta sección se inserta en la “Crónica de jurisprudencia”, y tendrá por objeto analizar las sentencias de contratación de las administraciones públicas seleccionadas cada cuatrimestre de las distintas jurisdicciones. La finalidad es presentar de forma horizontal decisiones que afectan a la contratación pública y que han sido adoptadas desde perspectivas muy diversas, como son las del juez civil, las del contencioso-administrativo y las del comunitario. En los próximos números lo extenderemos a otros ámbitos materiales.

La selección de las sentencias y la coordinación de la sección ha sido realizada por Domènec Sibina Tomàs; la elaboración y redacción de las fichas de las sentencias de los distintos órganos jurisdiccionales, por Eva Arnal Arasa, y los comentarios en materia de contratación de las administraciones públicas, por Julia Fajardo García.

A) Jurisdicción constitucional

Tribunal Constitucional. Inclusión en la Ley del suelo de Aragón de cláusulas relativas al establecimiento de centros penitenciarios y de almacenes de residuos nucleares. Alcance de la competencia exclusiva autonómica de ordenación del territorio. Distribución competencial en materia de legislación penitenciaria y régimen energético

SUPUESTO DE HECHO

El Estado, en representación del presidente del Gobierno, interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el núm. 222 de la directriz duodécima, apartado II, de la letra D), de los principios del anexo de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1998, de 16 de julio, de ordenación del territorio. Directrices generales. En dicho escrito invocó el artículo 161.2 de la CE respecto del precepto objeto del recurso.

La directriz objeto del recurso preveía lo siguiente:

"(222) Se propiciará que la utilización del suelo sea acorde con los intereses de la Comunidad Autónoma de Aragón. A tal efecto, se tendrá en cuenta lo siguiente:

"a) No se permitirá la instalación en usos penitenciarios cuya capacidad supere a la media de la población reclusa generada en Aragón en los últimos cinco años.

"b) Se prohibirá la instalación de almacenes de residuos nucleares que no hayan sido generados en Aragón."

Según el Estado, el objeto litigioso se concretaba en un conflicto competencial planteado en el ámbito del ejercicio de una competencia autonómica exclusiva, como es la ordenación del territorio, por su incidencia en la esfera competencial del Estado. En concreto se trataba de dilucidar si, con ocasión del desarrollo de la competencia autonómica de planificación de los usos del suelo, cabía hacer precisiones sobre la limitación o prohibición de usos cuya competencia corresponde al Estado.

El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y nulo el precepto indicado.

Por su parte, el recurrente alegaba con carácter complementario la vulneración del principio de solidaridad, entre otros. Al respecto, el Tribunal consideró que determinada la inconstitucionalidad del precepto era innecesario entrar sobre ello. Sobre el carácter complementario otorgado al principio de solidaridad, el presidente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera formuló un voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó si en el caso enjuiciado se estaba o no ante un conflicto de competencias. En este sentido, advirtió con carácter previo que:

"[...] la pretensión de incompetencia deducida en un conflicto constitucional de competencia puede fundarse no sólo en la falta de título habilitante de quien ha realizado el acto objeto del litigio, sino también en un ejercicio de las competencias propias que, al imposibilitar o condicionar el ejercicio de las competencias ajenas de forma contraria al orden competencial establecido en el bloque de la constitucionalidad, revele un entendimiento del alcance de las competencias implicadas opuesto a ese sistema de distribución competencial." (FJ 3)

Por ello, el Tribunal analizó si efectivamente se podía considerar, como alegaba el Estado, que lo previsto por la disposición impugnada vinculaba al Estado. En este sentido, el Tribunal entendió que sí le vinculaba, en virtud de lo dispuesto por el apartado 2.b) del artículo 25 de la Ley 11/1992, había que entender que vinculaba al Estado. Dicho precepto dispone lo siguiente:

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Pleno.

Jurisdicción constitucional. Recurso de inconstitucionalidad núm. 4488/1998

RESOLUCIÓN: 14/2004

FECHA: 12 de febrero de 2003

PONENTE: Excmo. Sr. Vicente Conde Martín de Hijas

VOTO PARTICULAR: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 149.1.6, 149.1.25 y 161.2 de la CE; número 222 de la directriz 12.^a (suelo), apartado II, de la letra D) de las directrices de ordenación territorial incluidas en el anexo de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1998, de 16 de julio, de ordenación del territorio de Aragón, y artículo 37.2 del Estatuto de autonomía de Aragón

DOCTRINA: Inclusión en Ley del suelo de Aragón de cláusulas relativas al establecimiento de centros penitenciarios y de almacenes de residuos nucleares. Alcance de la competencia exclusiva autonómica de ordenación del territorio. Distribución competencial en materia de legislación penitenciaria y régimen energético (FJ 3, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13 y 14)

"1. Salvo lo dispuesto en el artículo 14 de esta ley, las directrices generales de ordenación territorial vincularán a las administraciones públicas y a los particulares.

"2. En especial las determinaciones de tales directrices habrán de ser respetadas por: b) Todas las administraciones públicas actuantes en Aragón en aquellas materias en que la comunidad autónoma aragonesa tenga competencias."

Por ello, el Tribunal consideraba que se estaba ante "un conflicto real, no preventivo".

Sentado el carácter vinculante de dicha norma y de ahí la existencia de un conflicto competencial, el Tribunal procedió a analizar el enjuiciamiento de la norma impugnada.

En relación con el apartado a), el Tribunal se planteó en primer lugar el encuadre competencial del precepto. Al respecto, advirtió, como en otras ocasiones, que:

"[...] cuando inevitablemente las muchas actuaciones de los poderes públicos concernidos inciden al mismo tiempo en dos o más ámbitos categoriales diversos es preciso determinar siempre la categoría genérica, de entre las referidas en la Constitución y los estatutos, a la que primordialmente se reconducen las competencias controvertidas, puesto que es ésta la que fundamentalmente proporciona el criterio para la delimitación competencial, sin perjuicio de que, en su caso, la incidencia de la actividad considerada en otros ámbitos obligue a corregir la conclusión inicial para tomar en consideración títulos competenciales distintos." (FJ 5)

De modo que:

"[...] cuando se ofrezcan por las partes en el proceso constitucional diversas calificaciones sustantivas de las disposicio-

nes o actos en conflicto que pudieran llevar a identificaciones competenciales también distintas, ha de apreciarse, para llegar a una calificación competencial correcta, tanto el sentido o finalidad de los varios títulos competenciales y estatutarios, como el carácter, sentido y finalidad de las disposiciones traídas al conflicto, es decir, el contenido del precepto controvertido, delimitando así la regla competencial aplicable al caso.” (FJ 5)

Sentado lo anterior, el Tribunal procedió a examinar si lo dispuesto por el apartado a) de la directriz se podía incardinar en la materia de “ordenación del territorio”.

En este sentido, el Tribunal recordó lo declarado en relación con el alcance de dicho concepto, indicando que “tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial”. (FJ 6)

Sin embargo, el Tribunal advirtió que:

“[...] dentro del ámbito material de dicho título, de enorme amplitud, no se incluyen todas las actuaciones de los poderes públicos que tienen incidencia territorial y afectan a la política de ordenación del territorio, puesto que ello supondría atribuirle un alcance tan amplio que desconocería el contenido específico de otros títulos competenciales, no sólo del Estado [...]. Aunque hemos precisado igualmente que la ordenación del territorio es en nuestro sistema constitucional un título competencial específico que tampoco puede ser ignorado, reduciéndolo a simple capacidad de planificar, desde el punto de vista de su incidencia en el territorio, actuaciones por otros títulos [...].” (FJ 6)

Entrando en el análisis del mencionado precepto, el Tribunal consideró que la determinación del número de plazas que podían albergar las instalaciones penitenciarias poco tenía que ver con la “ordenación del territorio”, por cuanto:

“[...] no planifica el uso del suelo susceptible de recibir instalaciones penitenciarias, ni aprueba planes u otros instrumentos relativos a las mismas, ni tampoco establece sistemas de equilibrio territorial entre dichas instalaciones y otras de la misma o distinta naturaleza, o entre aquéllas y los núcleos de población. Ni siquiera, en fin, se refiere a volúmenes de edificación u otras variables que pudieran conectarse de alguna manera con los diferentes usos del suelo.” (FJ 6)

Al respecto, el Tribunal consideraba que lo previsto por dicho precepto era más propio de la “legislación penitenciaria” (artículo 149.1.6 de la CE), competencia atribuida con carácter básico al Estado. Sobre dicha materia, el Tribunal recordó que:

“[...] nuestro sistema penitenciario se configura precisamente como un sistema único que integra un conjunto de establecimientos intercomunicados y gestionados, bien por la Administración del Estado, en algunos casos, bien por la Administración autonómica [...]. Resulta de todo ello que las decisiones que afectan a todo ese sistema [...] han de adoptarse con carácter general y de forma homogénea para todo el sistema, y, en consecuencia, por el Estado y en el ámbito estatal de actuación. No son posibles en este punto decisiones autonómicas unilaterales que, al modificar el número de plazas disponibles para absorber a la población penitenciaria, tendrían consecuencias o repercusiones en el conjunto del sistema penitenciario y condicionarían las decisiones de otras administraciones autonómicas y de la propia Administración del Estado.” (FJ 7)

Además, el Tribunal recordó que la Comunidad Autónoma de Aragón no había asumido las competencias de ejecución de la legislación penitenciaria.

En consecuencia, el Tribunal consideró que el apartado a) de la disposición indicada debía considerarse inconstitucional por vulnerar las competencias del Estado en la materia.

En relación con lo previsto en el apartado b), el Tribunal analizó también qué materia se podía entender que era más propia.

Sobre esta cuestión, el Estado consideraba que lo previsto por dicho precepto invadía competencias estatales, cuales son las “bases del régimen energético” (artículo 149.1.25 de la CE) y la “seguridad pública” (149.1.29 de la CE). Por su parte, las representaciones procesales del Parlamento y del Gobierno de la comunidad autónoma consideraban que se podían encuadrar en las materias de “ordenación del territorio” y “medio ambiente”.

Al respecto, el Tribunal descartó en primer lugar un posible encuadre en la materia de “ordenación del territorio”, por cuanto, como en el caso anterior, “también aquí se aprecia la inexistencia de correspondencia entre el contenido y la finalidad de este apartado y lo que constituye el contenido sustantivo propio de las regulaciones relativas a la ‘ordenación del territorio’”.

En concreto, el Tribunal indicó que:

“[...] no se está regulando cuestión alguna relativa a las peculiaridades que hayan de tener dichos almacenes en cuanto a su implantación en determinados tipos de suelo o a la planificación territorial de los mismos. También aquí nos encontramos con una norma sustantiva del régimen de almacenamiento de los residuos nucleares, en la que el elemento relevante es la procedencia de los mismos, lo cual es por completo ajeno a la materia de ‘ordenación del territorio’.” (FJ 9)

También descartó el encuadre de dicho precepto en la materia de “seguridad pública” que pretendía el Estado basándose en la peligrosidad inherente a los residuos nucleares. Al respecto, el Tribunal recordó que las comunidades autónomas gozan de competencias en materia de protección civil y aclaró que el precepto únicamente se refería a la instalación de los almacenes de residuos, pero no a “las actuaciones que deban emprenderse como consecuencia de accidentes derivados o conectados más o menos directamente con dicho almacenamiento”. (FJ 9)

Sin embargo, sí apreció relación con las otras dos materias, indicando que:

“En cuanto a la materia de ‘régimen energético’ es obvia dicha relación, pues nos encontramos ante residuos generados por el empleo de una modalidad concreta de energía, cual es la nuclear. Lo propio puede decirse de la materia de medio ambiente, dada la incidencia que todos los residuos, y en especial los provenientes de este tipo de energía, pueden tener en el ecosistema y, por tanto, en la salud humana.” (FJ 10)

Sin embargo, al estudiar cuál de las dos materias guardaba mayor vinculación, el Tribunal consideró que, atendiendo al “contenido y finalidad” del precepto, “se aprecia que la regulación consistente en la prohibición de almacenamiento de los residuos de la energía nuclear que no hayan sido generados en Aragón se conecta más estrechamente con la materia de ‘régimen energético’ que con la de ‘medio ambiente’”. Es obvio que el precepto ni regula, ni atiende a las características técnicas o de emplazamiento físico o geográfico que han de tener los almacenes de residuos nucleares que se localicen en Aragón, para garantizar que los mismos no producen efectos perjudiciales o nocivos sobre el entorno ambiental, y, por ende, sobre los seres vivos, cuestiones estas que, efectivamente, serían propias de la materia de ‘medio ambiente’.

“Por el contrario, el precepto sólo atiende a la conexión de los almacenes de residuos nucleares con la producción energética y como consecuencia al simple desplazamiento de los residuos desde los centros de producción hasta las instalaciones de almacenamiento de la Comunidad de Aragón. Se aprecia, por tanto, que esta determinación normativa relaciona de modo directo la producción energética y el almacenamiento de los residuos que se deriven de ella. Es decir, el precepto configura el régimen de almacenamiento como una correlación estratégica, que necesariamente existe, entre producción de energía

nuclear y almacenamiento de sus residuos, por lo que procede encuadrar aquella directriz en la materia de 'régimen energético'." (FJ 10)

Establecido el encuadre competencial en la materia de "régimen energético", el Tribunal procedió a analizar la distribución competencial en la materia entre el Estado y las comunidades autónomas, indicando al respecto que al Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación básica, habiendo asumido la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia de desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado (artículo 37.2 del EAAr). Ante ello, el Tribunal analizó si se podía entender que la Comunidad Autónoma de Aragón hubiese vulnerado las prescripciones de la normativa básica. En relación con las competencias básicas, el Tribunal recordó que:

"El ámbito de lo básico, desde la perspectiva material, incluye las determinaciones que aseguran un mínimo común normativo en el sector material de que se trate y, con ello, una orientación unitaria y dotada de cierta estabilidad en todo aquello que el legislador considera en cada momento aspectos esenciales de dicho sector material." (FJ 11)

Por su parte, en cuanto a la perspectiva formal de la normativa básica, el Tribunal recordó que:

"[...] se deben satisfacer determinados requisitos con el fin de que 'el cierre del sistema, no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado facultad para oponer sorpresivamente a las comunidades autónomas, como norma básica, cualquier clase de precepto legal o reglamentario al margen de cuál sea su rango o estructura'. De manera que a esta perspectiva atiende el principio de ley formal [...] en razón de que sólo a través de este instrumento normativo se alcanzará [...] una determinación cierta y estable de los ámbitos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y reglamentarias autonómicas." (FJ 11)

Sentado lo anterior, el Tribunal analizó el marco normativo estatal en relación con los almacenes de residuos nucleares.

En este sentido, el Tribunal recordó que la Ley 25/1964, de energía nuclear, contenía dos preceptos que interesaban a efectos de lo que se estaba estudiando:

"En primer lugar, [...] su artículo 2 relaciona los diversos tipos de instalaciones nucleares y radioactivas, incluyendo a los almacenes de residuos nucleares y radioactivos entre dichas instalaciones, sometiéndolos a su régimen jurídico (artículo 2.12 y 13). Y, en segundo lugar, que las instalaciones nucleares y radioactivas y por ello los almacenes de los residuos correspondientes, se sujetan a un régimen de autorización administrativa (artículos 28 y 31)."

Según el Tribunal, dichas previsiones debían tener la consideración de "básicas". Desde la perspectiva material, "[...] porque las definiciones de instalaciones nucleares y radioactivas y la inclusión en ellas de los almacenes de residuos configuran un mínimo común normativo de aplicación en todo el territorio nacional que tiene, sin duda, carácter esencial". (FJ 12)

Por su parte, el Tribunal entendió que:

"En cuanto a la perspectiva formal de la normativa básica, ambas prescripciones también la satisfacen, pues han sido enunciadas por una norma de rango legal, aunque la misma haya sido aprobada con anterioridad a la Constitución." (FJ 12)

El Tribunal consideró que también había que tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 38 de dicha norma, que dispone que "las instalaciones nucleares y radioactivas que trabajen con sustancias radioactivas quedan obligadas a contar con instalaciones especiales para almacenamiento, transporte y manipulación de residuos radioactivos".

Asimismo, El Tribunal hizo referencia a lo dispuesto por el Real decreto 1836/1999, que "pone de manifiesto que la relación

entre el sistema de producción de energía nuclear o radioactiva, el transporte de sus residuos y el almacenamiento de los mismos, se configura de modo abierto en todo el territorio nacional, no sometiéndose a limitación territorial de carácter intracomunitario o de otro alcance, de acuerdo con las exigencias de un mercado único." (FJ 13)

Lo anterior llevaba al Tribunal a afirmar que:

"[...] la normativa básica ha sometido a los residuos generados en el proceso de producción de energía nuclear a un régimen de gestión de efectos supracomunitarios. Esta perspectiva unitaria y abierta a todo el territorio nacional afecta, entre otros aspectos de la gestión de los residuos nucleares, a su almacenamiento, de manera que los criterios esenciales de aspectos tales como el emplazamiento de los almacenes, las garantías de seguridad de estas instalaciones, o las del transporte de los residuos hasta las mismas desde los centros de producción, se incluyen en ese ámbito básico." (FJ 13)

Por ello, el Tribunal concluyó lo siguiente:

"[...] la normativa básica dictada en esta materia, al ordenar el sector de la energía nuclear y radioactiva, ha optado por un sistema abierto a todo el territorio nacional, y no por un modelo de gestión intraautonómica de los residuos que se produzcan. Por esta razón, y habida cuenta que el precepto de la ley aragonesa configura un modelo de almacenamiento de residuos excluyente de aquellos que pudieran producirse en otras comunidades autónomas, incurre en infracción del orden constitucional de competencias." (FJ 13)

Por lo expuesto, el Tribunal declaró inconstitucional y nulo el precepto impugnado.

El abogado del Estado alegaba a modo complementario que la directriz impugnada era contraria a los principios de "solidaridad, cooperación y coordinación". Al respecto, el Tribunal consideró que una vez sentada la inconstitucionalidad del precepto ya no era necesario analizar dicho motivo de inconstitucionalidad, si bien se advirtió en relación con el carácter complementario del mismo, que "[...] sólo podría plantearse sobre la base de aislar dichas directrices del contexto legislativo en el que se insertan, en el que [...] se contienen llamadas a la coordinación y a la cooperación [...] orientadas a no menoscabar ni impedir el ejercicio de las competencias del Estado, lo que excluye la posible tacha de insolidaridad". (FJ 14)

VOTO PARTICULAR

El presidente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera formuló un voto particular en relación con la consideración de un "motivo suplementario" de la solidaridad. Al respecto, declaró que:

"La solidaridad entre los españoles es un principio constitucional, expresamente constitucionalizado en el texto de 1978. Después de la proclamación de la solidaridad en el artículo 2 de la Constitución española, el artículo 138.1 establece: 'El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución [...]'. [...]"

"[...] como principio constitucional y expresamente constitucionalizado, es uno de los fundamentos del ordenamiento jurídico-político, a partir del cual se despliega un aparato de normas. Este principio constitucional y constitucionalizado posee la fuerza vinculante de las normas jurídicas, es fuente normativa inmediata, en el sentido profundo de no necesitar de la interposición de regla, o circunstancia alguna, para alcanzar su plena eficacia."

Por ello, el presidente entendía que:

"Resulta discutible [...] considerar que el alegato de la solidaridad, efectuado por el abogado del Estado, se hizo 'de modo complementario'."

Así, refiriéndose a lo dispuesto por el precepto impugnado, éste declaró lo siguiente:

“[...] el apartado a) de dicha directriz pone de relieve que el factor relevante en la limitación de la población reclusa que se contiene en el mismo se sitúa en el dato numérico de la generada en Aragón, lo que supone excluir la posibilidad de que exista una población reclusa que supere dicha media. En cuanto al apartado b), debe destacarse que lo significativo es su sentido asimismo excluyente, sin soporte en ningún otro elemento circunstancial de apoyo; esto es, no se trata de que se regule el almacenamiento de los residuos generados en Aragón, sino que se prohíba que en Aragón se almacenen residuos procedentes de otros territorios.”

Ello le llevaba a la conclusión de que:

“Es, pues, el sentido excluyente de la norma en relación con posibles cargas con origen en otras comunidades autónomas (y, por tanto, el obstáculo así creado para la satisfacción de las necesidades a que se refiere la directriz) lo que confiere a la misma una significación esencial a analizar desde las exigencias del principio de solidaridad.”

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En relación con el fundamento de un conflicto de competencia, ver las siguientes sentencias: STC 243/1993 (Aranzadi 1993/243) (FJ 2), y STC 195/2001, de 4 de octubre (Aranzadi 2001/195) (FJ 2).

Sobre el supuesto de concurrencia de varias actuaciones de los poderes públicos sobre uno o más ámbitos categoriales, ver las siguientes sentencias: STC 80/1985 (Aranzadi 1985/80) (FJ 1); STC 197/1996, de 28 de noviembre (Aranzadi 1996/197) (FJ 3); STC

153/1989 (Aranzadi 1989/153) (FJ 5); STC 252/1988 (Aranzadi 1988/252), y STC 13/1989 (Aranzadi 1989/13); STC 69/1988 (Aranzadi 1988/69) (FJ 5); STC 252/1988 (Aranzadi 1988/252), y STC 13/1989 (Aranzadi 1989/13); STC 197/1996, de 28 de noviembre (Aranzadi 1996/197) (FJ 3).

Sobre el alcance y sustantividad de la competencia de “ordenación del territorio”, ver las siguientes sentencias: STC 77/1984 (Aranzadi 1984/77) (FJ 2); STC 149/1991 (Aranzadi 1991/149) (FJ 1.B); STC 36/1994 (Aranzadi 1994/36) (FJ 3); STC 28/1997 (Aranzadi 1997/28) (FJ 5); STC 36/1994 (Aranzadi 1994/36) (FJ 3); STC 61/1997 (Aranzadi 1997/61) (FJ 16); STC 40/1998 (Aranzadi 1998/40) (FJ 30); STC 149/1991 (Aranzadi 1991/149) (FJ 1.B); STC 40/1998 (Aranzadi 1998/40) (FJ 30), y STC 149/1998, de 2 de julio (Aranzadi 1998/149) (FJ 3).

Sobre las competencias básicas del Estado, ver la siguiente sentencia: STC 1/2003, de 16 de enero (Aranzadi 2003/1) (FJ 9).

Sobre el alcance de la materia de “régimen energético”, ver las siguientes sentencias: STC 28/1997, de 13 de febrero (Aranzadi 1997/28) (FJ 2); STC 170/1989, de 19 de octubre (Aranzadi 1989/170) (FJ 3), y STC 1/2003, de 16 de enero (Aranzadi 2003/1) (FJ 9).

Sobre el alcance material de las normas “básicas”, ver las siguientes sentencias: STC 223/2000, de 21 de septiembre (Aranzadi 2000/223) (FJ 6); STC 1/1982, de 28 de enero (Aranzadi 1982/1); STC 48/1988, de 2 de marzo (Aranzadi 1988/48); STC 147/1991, de 4 de julio (Aranzadi 1991/147), y STC 197/1996, de 28 de noviembre (Aranzadi 1996/197).

Tribunal Constitucional. Competencia en materia de gestión y concesión de fondos para la formación continua de los trabajadores y empleados públicos

SUPUESTO DE HECHO

La Generalidad de Cataluña planteó un conflicto positivo de competencia frente al Gobierno de la Nación por estimar que la Orden de 4 de mayo de 1995, del Ministerio de las Administraciones Públicas, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de ayudas para el desarrollo de planes de formación en el marco del Acuerdo de formación continua en las administraciones públicas de 28 de marzo de 1995 y su aplicación por las resoluciones del Instituto Nacional de Administración Pública de 4 y 30 de mayo de 1995, mediante las que se efectúa la primera y segunda convocatoria, respectivamente, para el ejercicio de 1995, de concesión de ayudas en el marco del citado acuerdo, habían vulnerado las competencias que la Generalidad de Cataluña tenía atribuidas. Dicho conflicto se promovió tras haberse cumplimentado el requerimiento de incompetencia legalmente previsto y haberse rechazado el mismo.

Según alegaba la Generalidad de Cataluña, dichas resoluciones vulneraban las competencias que ésta tenía asumidas en materia de régimen jurídico y sistema de responsabilidad de su Administración y de régimen jurídico de sus funcionarios, que se extiende al desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado (artículo 10.1 del EAC). Se consideraba que se producía una vulneración al regular las normas antedichas un sistema de ayudas dirigidas a la formación de los empleados públicos que contenía determinados criterios de gestión centralizada que impedían la gestión autonómica de las ayudas, no habiéndose puesto a disposición de la Generalidad los fondos presupuestarios correspondientes.

Sin embargo, el Estado, aunque consideraba que dicha competencia se podía incardinar en materia de “régimen jurídico de las administraciones públicas y régimen estatutario de sus fun-

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Pleno.

Jurisdicción constitucional. Conflicto positivo de competencia núm. 3342/1995

RESOLUCIÓN: 228/2003

FECHA: 18 de diciembre de 2003

PONENTE: Excmo. Sr. Tomás Vives Antón

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 149.1.18 de la CE, y artículo 10.1 del Estatuto de autonomía de Cataluña (EAC)

DOCTRINA: Competencia en materia de gestión y concesión de fondos para la formación continua de los trabajadores y empleados públicos (FJ 5, 7, 8, 9, 10 y 11)

cionarios” (artículos 149.1.18 de la CE y 10.1.1 del EAC), no se producía la invasión competencial denunciada.

El Tribunal Constitucional estimó parcialmente el conflicto positivo de competencia, declarando que se habían vulnerado los artículos 1.3 y 2 de la Orden de 4 de mayo de 1995, así como las resoluciones del Instituto Nacional de Administración Pública de 4 de mayo y de 30 de mayo de 1995, en tanto se refiriesen a los planes de formación de los funcionarios propios de la Generalidad de Cataluña, desestimando el conflicto positivo en todo lo demás.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Antes de proceder al examen de las normas controvertidas, el Tribunal hizo referencia al contexto en el que las mismas se inscribían.

En este sentido, recordó que la Orden de 4 de mayo de 1995 era una de las disposiciones que extendían a los empleados públicos las actuaciones formativas que a partir del acuerdo nacional de formación continua y del acuerdo tripartito suscritos en 1992 se pusieron en marcha para los trabajadores asalariados del sector público y del sector privado, pues los primeros habían sido excluidos de dichos acuerdos.

Por su parte, el acuerdo de formación continua en las administraciones públicas de 28 de marzo de 1995 tenía por finalidad la promoción de la formación profesional continua de los empleados públicos, que, como se ha indicado, habían estado excluidos hasta ese momento del sistema implantado para los restantes trabajadores. Según establecía dicha norma, dichas actividades debían ser desarrolladas en el seno de los “planes de formación”, que “deberán elaborarse en congruencia con los objetivos y las prioridades de la organización y se integrarán en la planificación estratégica de la Administración a la que afecten” (artículo 6). Dicha norma también indicaba que los promotores de dichos planes podían ser la Administración General del Estado, a través de sus ministerios u organismos autónomos, las comunidades autónomas, por medio de las consejerías competentes y, en la Administración local, los ayuntamientos, diputaciones provinciales, cabildos, consejos insulares y demás entidades.

En relación con la Orden de 4 de mayo de 1995, el Tribunal recordó que el objeto de la financiación subvencional lo constituían los planes de formación, pudiendo financiarse todas las acciones del correspondiente plan o sólo parte de ellos y que las ayudas previstas por la misma se convocaban en régimen de concurrencia competitiva en los posibles beneficiarios por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), quien las instruía, tramitaba, resolvía y pagaba.

Sentado lo anterior, el Tribunal centró el objeto del conflicto positivo de competencia, indicando que:

“En primer lugar, debemos decidir si los fondos de las partidas presupuestarias destinadas a la formación continua de los empleados públicos deben ser territorializados según criterios objetivos entre las comunidades autónomas, asignándose a la Generalidad los correspondientes a la formación de su personal para que la misma los aplique a tal fin. En estrecha conexión con esta cuestión se encuentra la relativa a si resulta conforme con el orden constitucional de competencias que las ayudas destinadas a la formación se concedan en régimen de concurrencia competitiva (artículos 1.3 de la orden y de ambas resoluciones).” (FJ 5)

En segundo lugar, el Tribunal advirtió que:

“[...] el conflicto ha de considerarse promovido respecto de los preceptos de la orden impugnada relativos a los aspectos centrales de la gestión de las ayudas que puedan resultar comprendidos sin esfuerzo dentro de la argumentación contenida en la demanda. Es decir, el conflicto no puede extenderse a aquellas regulaciones que, aun refiriéndose a aspectos de dicha gestión, no han venido acompañados de una justificación suficiente acerca de las infracciones que los aquejan, pues hemos de recordar aquí una vez más que la impugnación de las normas debe ir acompañada de la preceptiva fundamentación y precisión que permitan al abogado del Estado, al que asiste, como parte recurrida, el derecho de defensa, así como a este Tribunal, que ha de pronunciar la sentencia, conocer las razones por las que los recurrentes entienden que las disposiciones impugnadas transgreden el orden constitucional.” (FJ 5)

Por tanto, procedía analizar si “resulta acomodado al orden constitucional de competencias que el INAP retenga para sí la realización de determinadas medidas de carácter ejecutivo o aplicativo para la concesión de las ayudas dirigidas a la formación continua del personal de la Generalidad de Cataluña, pues ésta reclama su ejercicio por considerarlas de su competencia, para lo cual deben remitirse los fondos correspondientes pre-

via su territorialización entre las comunidades autónomas según criterios objetivos”.

Antes de entrar en el análisis de los aspectos controvertidos, el Tribunal advirtió que no se discutía la competencia subvencional del Estado en relación con dichas ayudas, sobre la cual el Tribunal había tenido la ocasión de pronunciarse anteriormente, advirtiendo de la inexistencia de una competencia subvencional diferenciada de la potestad financiera del Estado, pues éste “no dispone de un poder general para subvenciones (gasto público), entendido como poder libre o desvinculado del orden competencial”. (FJ 7)

Por tanto:

“[...] las diversas instancias territoriales ejercerán sobre las subvenciones las competencias que tienen atribuidas, de modo que si estas instancias son exclusivamente estatales, por ser también de competencia exclusiva del Estado la materia o sector de la actividad pública, no se plantea ningún problema en cuanto a la delimitación competencial. Cuando, por el contrario, tal materia o sector corresponden en uno u otro grado a las comunidades autónomas, las medidas que hayan de adoptarse para conseguir la finalidad a que se destinan los recursos deberán respetar el orden constitucional y estatutario de competencias, pues, de no ser así, el Estado estaría restringiendo la autonomía política de las comunidades autónomas y su capacidad de autogobierno.” (FJ 7)

Sentado lo anterior, en relación con el encuadramiento competencial de las ayudas destinadas a la formación de los empleados públicos, el Tribunal recordó lo declarado en otras ocasiones al respecto, indicando que:

“[...] es constitucionalmente legítimo que el Estado destine una parte de los fondos destinados a formación continua a través del cauce específico de la Ley 9/1987 para similar finalidad en el ámbito de las administraciones públicas, ya que las acciones formativas que se realicen en el seno de estas administraciones deberán encuadrarse, desde la perspectiva del orden constitucional de competencias, en las materias ‘bases [...] del régimen estatutario de sus funcionarios’ o ‘legislación laboral’, según que la relación de los empleados públicos con la Administración sea de carácter funcional, estatutario o laboral. En todo caso los títulos competenciales del Estado le habilitan, según nuestra doctrina [...], para canalizar una parte de los fondos públicos destinados a la formación continua hacia esta específica formación en el seno de las administraciones públicas, siempre que tal destino no ponga en cuestión las competencias normativas y de gestión que al respecto ostenta la Comunidad Autónoma de Galicia, la cual deberá disponer de los fondos territorializados según criterios objetivos que le correspondan con el fin de aplicarlos a la expresada finalidad.” (FJ 8)

En cuanto a la gestión de los fondos, el Tribunal recordó que en otras ocasiones ya había declarado que:

“La gestión de estos fondos corresponde a las comunidades autónomas, de manera, por regla general, que no pueden consignarse en favor de un órgano de la Administración del Estado u organismo intermediario de ésta. Se trata de partidas que deben territorializarse en los propios presupuestos generales del Estado si ello es posible o en un momento inmediatamente posterior, mediante normas que fijen criterios objetivos de reparto o mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales y al orden de distribución de competencias [...]. Este canon, como hemos dicho, es válido tanto para la gestión de las ayudas de formación del personal funcionario como del personal en régimen laboral.” (FJ 8)

a) Concesión de ayudas en régimen de concurrencia competitiva y puesta a disposición de la Generalidad de los fondos correspondientes

Sentado lo anterior, el Tribunal entró a analizar la primera de las cuestiones que se planteaban, esto es, el procedimiento de concurrencia competitiva mediante el cual se determinaba si los planes de la Generalidad resultan merecedores del apoyo financiero.

Al respecto, el Tribunal recordó que según venía estableciéndose por las disposiciones analizadas:

"[...] los promotores de los planes de formación a que nos venimos refiriendo, [...] presentan dichos planes a la Comisión General para la Formación Continua en las Administraciones Públicas (artículos 16 y 17 del Acuerdo de formación continua en las administraciones públicas de 28 de marzo de 1995, de modo que, una vez aprobados dichos planes, presentan los mismos ante el INAP (artículo 1.3 de la orden y artículo 6 de las resoluciones), concurriendo todos ellos entre sí para la obtención de las ayudas correspondientes." (FJ 9)

Según el Tribunal, ello vulneraba las competencias de la Generalidad de Cataluña. Al respecto, éste declaró que:

"[...] este criterio general, determinante del derecho a la obtención de las ayudas para formación continua del personal de la Administración de la Generalidad, vulnera, según la doctrina general expuesta, el orden constitucional de competencias. El Estado puede establecer, al amparo de sus competencias en las materias implicadas (artículo 149.1.7 y 18 de la CE), las condiciones que deben cumplir los planes de formación del personal de las comunidades autónomas, de modo que dichos planes se sujeten a ello. Pero debe poner a disposición de las comunidades la financiación que a cada una de ellas le corresponda para tal menester, distribuyendo los fondos disponibles según criterios objetivos, de manera que no se aviene con lo expuesto que los planes que se elaboren según lo indicado sean sometidos a continuación a un proceso centralizado de concesión subvencional de carácter concurrencial como el descrito." (FJ 9)

Por ello, el Tribunal entendió que artículo 1.3 de la Orden de 4 de mayo de 1995 y los artículos 1.3 de las resoluciones de 4 y 30 de mayo de 1995 vulneraban las competencias de la Generalidad de Cataluña.

b) Atribuciones asignadas al INAP en relación con la convocatoria, tramitación, resolución y pago de las ayudas

Sobre dichas atribuciones, el Tribunal recordó que dichas ayudas se inscribían "[...] en el ámbito de la función ejecutiva o aplicativa y, por tanto, de acuerdo con nuestro canon de enjuiciamiento, se inscriben en el ámbito competencial de la Generalidad de Cataluña en las dos materias implicadas". (FJ 10)

Al respecto, el Tribunal no compartía el parecer del Estado, que se remitía a una sentencia del mismo en la que éste había previsto "la excepcional gestión centralizada de las ayudas inscritas en el ámbito competencial autonómico cuando se trate de garantizar la igualdad de todos los perceptores, lo que aquí tiene lugar en razón de que la uniformidad de las condiciones de vida en todo el territorio nacional impone la conexión de estas ayudas con el artículo 149.1.1 de la CE". (FJ 10)

Respondiendo a dicho planteamiento, el Tribunal aclaró que:

"[...] en relación con el alcance del artículo 149.1.1 de la CE hemos declarado que sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario [...] quedaría desbordado el ámbito y sentido del artículo 149.1.1 de la CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento." (FJ 10)

Ello llevó al Tribunal a la siguiente conclusión:

"Descartado el alegato del abogado del Estado, y puesto que los artículos que enjuiciamos ahora regulan aspectos propios de la tramitación administrativa de estas ayudas que se inscriben

en el ámbito de la función aplicativa o ejecutiva, asumida estatutariamente por la Generalidad de Cataluña, procede declarar que aquéllos vulneran las competencias de ésta. De este vicio de incompetencia no queda excluido, sino, por el contrario, específicamente afectado por él, el informe preceptivo y vinculante que debe ser emitido por la Comisión General para la Formación Continua respecto de la concesión de las ayudas [artículo 2.a) de la orden y artículos 9 de ambas resoluciones]." (FJ 10)

En consecuencia, el Tribunal entendió que el artículo 2.a) de la Orden de 4 de mayo de 1995 y los artículos 4, 5, 7, 9, y 10 de las resoluciones de 4 y 30 de mayo de 1995 vulneraban las competencias de la Generalidad.

c) Remisión efectuada a la Generalidad de los fondos de formación

Sobre este punto, el Tribunal advirtió que, al carecer de materialización en las normas impugnadas, éste no podía mostrar el parecer sobre ningún precepto. Sin embargo, éste advirtió que, aunque, como señalaba el Estado, dichos fondos se habían puesto a disposición de la Generalidad, ello no se había efectuado de la forma adecuada, declarando al respecto que:

"[...] la financiación remitida a la Generalidad no ha tenido lugar de la forma en que se exige en nuestra STC 13/1992, F.8.b), *in fine*, esto es, mediante 'convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales', pues la financiación sólo se ha remitido, según se deriva del preámbulo de dicha resolución y del contenido de ella misma, una vez resuelto por el INAP el proceso concurrencial que se ha estimado vulnerador de las competencias de la Generalidad, siendo así que el respeto de las mismas hubiera reclamado que la remisión de la financiación, de no hacerse en los propios presupuestos, se hubiera realizado sin el sometimiento a la condición de que el INAP acordara previamente la concesión de la ayuda, pues todo ello impide que la Generalidad haya ejercido sus competencias de modo efectivo." (FJ 11)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó parcialmente el conflicto positivo de competencia, declarando que los artículos 1.3 y 2.a) de la Orden de 4 de mayo de 1995 y las resoluciones del Instituto Nacional de Administración Pública de 4 de mayo y 30 de mayo de 1995, en tanto se refieran a los planes de formación de los funcionarios propios de la Generalidad de Cataluña, vulneraban las competencias de la Generalidad de Cataluña.

En cuanto al alcance de la vulneración de las competencias, el Tribunal entendió que, como quiera que las disposiciones impugnadas ya habían agotado sus efectos y no procedía afectar a situaciones jurídicas consolidadas, la pretensión de la Generalidad de Cataluña podía estimarse satisfecha mediante la declaración de titularidad de la competencia controvertida, sin necesidad de anular los preceptos correspondientes.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el alcance la competencia subvencional del Estado, ver las siguientes sentencias: STC 242/1999, de 21 de diciembre (Aranzadi 1999/242) (FJ 6), y STC 13/1992, de 6 de febrero (Aranzadi 1992/13).

Sobre el alcance del artículo 149.1.1 de la CE en relación con la competencia exclusiva del Estado para fijar las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales, ver las siguientes sentencias: STC 61/1997, de 20 de marzo (Aranzadi 1997/61) [FJ 7.b)], y STC 239/2002, de 11 de diciembre (Aranzadi 2002/239) (FJ 10).

Sobre cuestiones relativas a la formación continua de los trabajadores asalariados del sector público y del sector privado, ver las siguientes sentencias: STC 95/2002, de 25 de abril (Aranzadi 2002/95), y STC 190/2002, de 17 de octubre (Aranzadi 2002/190).

Sobre el alcance de la vulneración de competencias sobre disposiciones que han agotado sus efectos, ver las siguientes sentencias: STC 75/1989, de 24 de abril (Aranzadi 1989/75); STC

13/1992, de 6 de febrero (Aranzadi 1992/13); STC 79/1992, de 28 de mayo (Aranzadi 1992/79), y STC 186/1999, de 14 de octubre (Aranzadi 1999/186), entre otras.

Tribunal Constitucional. Conflicto en defensa de la autonomía local. Legitimación activa: exigencia de un número mínimo de municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en España

SUPUESTO DE HECHO

El presidente de la Federación Española de Municipios y Provincias y alcalde presidente del Ayuntamiento de Lleida, al que le había sido delegada la representación de 1.184 municipios más, planteó un conflicto en defensa de la autonomía local en relación con la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria, por considerar que dicha norma vulneraba la autonomía local.

La decisión de promover dicho conflicto de encuadra en los acuerdos adoptados por las entidades demandantes, que acordaron:

“1. Iniciar el procedimiento previsto en el artículo 75 ter de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional con la solicitud de la emisión de dictamen del Consejo de Estado sobre la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria, en cuanto podría afectar a la autonomía local garantizada constitucionalmente, con el fin de, posteriormente, interponer un conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional; 2. Delegar para la substanciación del presente acuerdo e instar la solicitud al Consejo de Estado, otorgando la representación de la corporación, en el Excmo. Alcalde de Lleida, Antonio S. Z., vicepresidente de la Comisión Ejecutiva y del Consejo Federal de la Federación Española de Municipios y Provincias.”

El Tribunal constitucional acordó inadmitir el conflicto en defensa de la autonomía y el archivo de las actuaciones, por no alcanzarse el número mínimo de municipios requeridos por el artículo 75 ter 1.b) de la LOTC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con la legitimación para interponer el conflicto en defensa de la autonomía local, el Tribunal recordó que:

“La ley impugnada no es de destinatario único [artículo 75 ter 1.a) de la LOTC] y su ámbito de aplicación territorial es nacional, por lo que, de conformidad con la regla de legitimación establecida en artículo 75 ter 1.b) de la LOTC, el presente conflicto en defensa de la autonomía local ha de ser promovido, como por lo demás así reconocen las entidades demandantes, por un número de municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en España y que representen como mínimo un sexto de su población.” (FJ 2)

En relación con el requisito de un número mínimo de municipios, el Tribunal consideraba que el mínimo para conocer de dicho conflicto era de 1.158, por cuanto, según la base de datos del Registro de Entidades Locales (Ministerio de las Administraciones Públicas) el número de municipios a julio de 2002 era de 8.108. Dicha cifra era inferior a la indicada por los demandantes, que se basaban en datos del Instituto Nacional de Estadística que indicaban que los municipios eran 8.110, lo que hubiese implicado que los municipios fueran 1.159.

Sentado lo anterior, el Tribunal procedió a analizar si efectivamente se cumplía dicho requisito numérico, a la vista de que únicamente podían computarse las entidades que hubiesen cumplido los requisitos establecidos en la LOTC para acordar plantear el dicho conflicto.

En este sentido, el Tribunal detectó, tras los correspondientes trámites de subsanación, una serie de defectos que impedían

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Pleno.

Jurisdicción constitucional. Conflicto positivo de competencia núm. 4765/2002

RESOLUCIÓN: 418/2003

FECHA: 16 de diciembre de 2003

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 75 ter 1.b) de la LOTC

DOCTRINA: Conflicto en defensa de la autonomía local. Legitimación activa: exigencia de un número mínimo de número de municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en España (FJ 2, 3, 4, 5 y 7)

concluir que el conflicto hubiese sido promovido debidamente por el mínimo número exigido.

En primer lugar, el Tribunal observó la existencia de una serie de municipios que “no han acordado el planteamiento del conflicto en defensa de la autonomía local, que no existe documentación alguna respecto a los mismos o que la aportada es ajena al conflicto, así como las entidades que no están legitimadas para promoverlo”. (FJ 3)

Dentro de dicho supuesto se encontrarían los siguientes casos:

“a) Municipios que han rechazado expresamente la moción presentada de plantear conflicto en defensa de la autonomía local.

[...]

“b) Municipios respecto de los que no existe ninguna documentación.

[...]

“c) Municipios en los que no se acuerda el planteamiento del conflicto, sino que se manifiesta el rechazo a la ley o al proyecto de ley.

[...]

“d) Municipios respecto a los que se presenta una documentación ajena al planteamiento del conflicto.

[...]

“e) Promovido por una entidad local no legitimada.” (FJ 3)

A continuación, el Tribunal recordó que el artículo 75 ter 2 de la LOTC exige para el inicio de la tramitación de los conflictos en defensa de la autonomía local el acuerdo del plenario de las corporaciones locales con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las mismas. Ello implicaba que había que excluir:

“[...] aquellos en los que los acuerdos de planteamiento del conflicto no han sido aprobados por el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación.” (FJ 4)

A lo anterior había que añadir la relación de municipios que:

“[...] no han subsanado el defecto inicialmente advertido, relativo [...] a que se certificase si el acuerdo de planteamiento del conflicto había sido adoptado o no por la mayoría absoluta del número legal de miembros que integran la corporación, incum-

pliendo así, pese a las prórrogas conferidas, la carga que pesaba sobre la parte actora.” (FJ 5)

Según el Tribunal, lo anterior ya permitía concluir que no se alcanzaba el mínimo necesario, por cuanto del total de 1.185 que habían interpuesto la demanda, había que sustraer 67, con lo que quedaban un total de 1.118 municipios, cifra inferior a la exigida por el artículo 75 ter 1.b) de la LOTC.

Sin embargo, el Tribunal señaló que, además, algunos de los municipios habían adoptado los acuerdos fuera del plazo necesario, por cuanto:

“[...] el plazo dentro del cual ha de adoptarse el acuerdo de plantear el conflicto en defensa de la autonomía local, es evidente que no puede iniciarse antes de la publicación de la ley o norma con rango de ley impugnada, ni extenderse después de que haya transcurrido el plazo de tres meses que desde la fecha de publicación de la ley establece el artículo 75 quáter 1 de la LOTC para solicitar el dictamen al Consejo de Estado u órgano consultivo de la correspondiente comunidad autónoma.” (FJ 7)

En este sentido, el Tribunal señaló que, teniendo en cuenta que la fecha de publicación de la ley impugnada había sido el 13 de diciembre de 2001, había que excluir por extemporáneos los siguientes acuerdos:

“Acuerdos adoptados antes de la fecha de publicación de la ley y después del 13 de marzo de 2002, fecha en la que concluyó el plazo para solicitar el dictamen del Consejo de Estado.

[...]

“Acuerdos que adoptados en plazo por un órgano no legitimado [Comisión Municipal (artículo 75 ter 2 de la LOTC)] han

sido ratificados por el Pleno de la corporación municipal una vez transcurrido el plazo que resulta de la LOTC para promover el conflicto, pues es obvio que no cabe conferir validez y computarse, a los efectos que ahora interesan, los acuerdos adoptados por los órganos que no están legalmente legitimados para la promoción del conflicto y sí únicamente los acuerdos adoptados en plazo por los órganos legalmente legitimados para promoverlo.” (FJ 7)

A estos, habría que añadir los “Municipios que en los trámites de subsanación conferidos no han subsanado el defecto inicialmente advertido, relativo, como se requería en la providencia por la que se dio apertura a dicho trámite, a que se certificase la fecha en la que se había adoptado el acuerdo de planteamiento del conflicto, incumpliendo así, pese a las prórrogas conferidas, la carga que pesaba sobre la parte actora. Ninguno de los municipios que a continuación se relacionan, respecto de los que no consta la fecha de adopción del acuerdo de promover el conflicto, ha hecho uso del trámite de subsanación conferido”. (FJ 7)

Con ello, la cifra de municipios resultante quedaba en 1.099, cifra inferior al mínimo requerido por el artículo 75 ter 1.b) de la LOTC para la interposición del conflicto en defensa de la autonomía local. Por ello, el Tribunal consideró que no era necesario entrar en el análisis de cualquier otra consideración, como si se cumplía el requisito del porcentaje de población que debían representar los municipios, por lo que el Tribunal acordó inadmitir el conflicto en defensa de la autonomía local y el archivo de las actuaciones.

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Política en materia de vuelos nocturnos de un aeropuerto. Derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio. Margen de apreciación del Estado para decidir las medidas a tomar para garantizar la conformidad con el Convenio

SUPUESTO DE HECHO

Varias personas residentes cerca del aeropuerto de Heathrow interpusieron demanda contra el Reino Unido, ante la falta de política de dicho Gobierno en materia de vuelos nocturnos en dicho aeropuerto, lo que entendían que suponía una violación de los derechos garantizados por el artículo 8 del Convenio, quejándose, además, de que, en contra de las exigencias del artículo 13 del Convenio, no dispusieron de un recurso efectivo en el ámbito interno para examinar dicha queja.

Los recurrentes vivían o habían vivido cerca del mencionado aeropuerto, sufriendo los problemas de salud derivados del incremento en el tráfico aéreo nocturno en dicho aeropuerto. Algunos de ellos, tras soportar el ruido producido por el mismo (desde las cuatro o las cinco de la mañana hasta medianoche) habían optado por abandonar su domicilio.

A pesar de que por lo general el domicilio de los mismos de hallaba en el interior de una curva de nivel correspondiente a molestias de ruido diurno entre 57 y 60 dBA Leq, se habían detectado niveles máximos de exposición media al ruido de entre 84 dBA y hasta 94 dBA. Por su parte, en relación con los niveles medios de “ruido cresta” (ruido máximo causado por un movimiento único de aparato), los demandantes estaban expuestos durante la noche a niveles de entre 70 y 85 dBA.

El Gobierno del Reino Unido había establecido ciertas restricciones a los vuelos nocturnos desde 1962, siendo éstas examinadas en 1988, 1993 y 1998.

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Gran Sala. Asunto *Hatton y otros contra el Reino Unido*. Demanda núm. 36022/1997

FECHA: 8 de julio de 2003

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 8 y 13 del Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales (el Convenio)

OPINIÓN DISIDENTE: Jueces Sres. Costa, Ress, Türmen, Zupani y Sra. Steiner

OPINIÓN DISIDENTE: Juez Sir Brian Kerr, juez *ad hoc*

DOCTRINA: Política en materia de vuelos nocturnos de un aeropuerto. Derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio. Margen de apreciación del Estado para decidir las medidas a tomar para garantizar la conformidad con el Convenio (FJ 86, 88, 91, 101, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 137, 141 y 147)

En 1993, se elaboró un plan que introducía un sistema de cupos de ruido para el período sometido a los cupos nocturnos, asignando a cada aeropuerto cierta cantidad de puntos de cupo, teniéndose que mantener los aviones dentro de los límites de cupo permitidos. Con ello, como advirtió el Tribunal, más que

fijar un número máximo de movimientos por aparato, el plan permitía a las compañías aéreas elegir qué aviones debían volar –silenciosos o ruidosos– dentro de los límites del cupo de ruido. Dicho plan definía la “noche” como el período entre las 23 y las 7, y definió un “período de cupo nocturno” desde las 23.30 horas hasta las 6 todos los días de la semana, durante todo el año, en el que los controles eran muy estrictos. Durante la noche, a las compañías no les estaba permitido programar despegues ni aterrizajes de los aviones más ruidosos. Durante el período sometido al cupo nocturno se aplicaba un número máximo de movimientos de aparatos y un cupo de ruido, uno y otro fijados para cada estación (invierno y verano).

Ante la presentación de varios recursos por parte de las autoridades locales de las zonas próximas pidiendo la revisión judicial de dicho plan, se limitó el número de movimientos de los aviones de Heathrow.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que había habido violación del artículo 8 del Convenio (cinco votos contra dos), así como del artículo 13 (seis votos contra uno), condenando al Gobierno del Reino Unido a conceder la suma de 4.000 libras esterlinas a cada uno de los demandantes, en concepto de daño moral, así como de una suma de 70.000 en concepto de costas y gastos.

Tras ello, tanto los recurrentes como el Gobierno presentaron alegaciones sobre el fondo del asunto.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que no se había producido una vulneración del artículo 8 del Convenio, pero sí de su artículo 13.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Sobre la violación del artículo 8 del Convenio

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó las alegaciones de ambas partes, que giraban entorno al margen de apreciación del Estado para decidir las medidas a tomar para garantizar la conformidad con el Convenio. Al respecto, la sentencia remitida a la Sala había dispuesto lo siguiente:

“[...] era preciso tener en cuenta el justo equilibrio a establecer entre los intereses en disputa de una persona y los de la sociedad en su conjunto. En los dos casos, el Estado goza de un cierto margen de apreciación para decidir las medidas a tomar para garantizar la conformidad con el Convenio [...]. Sin embargo, para establecer el requerido equilibrio, los estados deben tener en cuenta todo el conjunto de consideraciones pertinentes. Además, en un campo tan sensible como el de la protección del medio ambiente, la mera referencia al bienestar económico del país no es suficiente para poner en segundo plano los derechos de terceros. Los estados están obligados a minimizar en la medida de lo posible la injerencia en el ejercicio de los derechos que garantiza el artículo 8, buscando otras soluciones y, de manera general, esforzándose por alcanzar sus objetivos de la manera más respetuosa para los derechos humanos. A este efecto, todo proyecto debe ir precedido de una investigación y un estudio profundos y exhaustivos tendentes a encontrar la mejor solución posible para establecer de manera efectiva el justo equilibrio requerido [...]” (FJ 86)

Frente a dichas declaraciones, el Gobierno del Reino Unido discutía la “firmeza del criterio de injerencia reducida al mínimo”, declarando al respecto que “No solamente existe una jurisprudencia clara a favor de un amplio margen de apreciación, sino que es oportuno, y en principio legítimo, conceder tal margen de apreciación al Estado en un campo como el de este caso, que exige sopesar diversos intereses en competencia, cuya importancia y carácter sensible pueden a veces ser difíciles de evaluar con exactitud. No existe una política sobre reglamentación de los vuelos nocturnos que sea válida; los estados pueden tomar, y de hecho lo hacen, diferentes caminos en ese tema”. (FJ 88).

A ello añadía que “[...] la elección del proceso decisorio pertenece en primer lugar a las autoridades nacionales –en este caso al Gobierno– con la condición de una revisión judicial por parte de los tribunales internos. En este caso, el Tribunal Europeo únicamente ejerce un poder de control: en ausencia de cualquier elemento que indique que se ha efectuado una investigación de manera arbitraria o manifiestamente insuficiente, no ha lugar a proceder a un examen en profundidad y minucioso de las informaciones que supuestamente ha tenido en cuenta el Gobierno”. (FJ 89)

Frente a ello, los demandantes consideraban que “[...] este margen debería ser limitado en este caso, ya que la privación del sueño debido a la exposición a ruidos excesivos, así como la imposición de un trato inhumano o degradante, es una cuestión que puede y debe ser apreciada según normas análogas en estados contratantes similares”. (FJ 91)

En relación con el contenido del precepto invocado, el Tribunal recordó que el mismo “protege el derecho de la persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, advirtiendo que si bien el Convenio no reconocía un derecho a un medio ambiente sano y tranquilo, “cuando una persona padece directa y gravemente el ruido u otras formas de contaminación, se puede plantear una cuestión desde el punto de vista del artículo 8”, como recordó que se había declarado en varias ocasiones.

Dicho esto, el Tribunal advirtió que:

“Según la jurisprudencia del Tribunal, son las autoridades nacionales las que tienen que evaluar en primer lugar la ‘necesidad’ de una injerencia, tanto en lo que se refiere al marco legislativo como a las medidas de aplicación concretas [...]. Incluso aunque dichas autoridades gozan en este sentido de un cierto margen de apreciación, su decisión sigue sometida al control del Tribunal, que debe verificar su conformidad con las exigencias del Convenio. La amplitud del margen de apreciación no es la misma en todos los casos, sino que varía en función del contexto [...]. Entre los elementos pertinentes figuran la naturaleza del derecho en juego, su importancia para la persona y el tipo de actividades en cuestión.” (FJ 101)

A lo anterior, añadió que:

“[...] los planes de ordenación urbana y rural implican el ejercicio de un poder discrecional de juicio para poner en práctica las políticas adoptadas en interés de la comunidad [...]. El Tribunal no tiene la facultad para hacer que predomine su punto de vista sobre cuál podría ser la mejor política en materia de ordenación del territorio o las medidas individuales más adecuadas en los asuntos que se refieren a este campo [...]. Estando en relación directa y permanente con las fuerzas vivas de su país, las autoridades nacionales están en principio en mejor posición que un tribunal internacional para evaluar las necesidades y el contexto locales. En la medida en la que el ejercicio de un poder discrecional referente a una multitud de factores locales es inherente a la elección y a la aplicación de políticas de ordenación del territorio, las autoridades nacionales gozan en principio de un amplio margen de apreciación.” (FJ 101)

En relación con la determinación de dicho margen de apreciación, el Tribunal señaló que:

“[...] hay que tener en cuenta la importancia de tal derecho para la demandante y para su familia. Cada vez que se reconoce a las autoridades nacionales un margen de apreciación susceptible de atentar contra el respeto de un derecho protegido por el Convenio como el que está en juego en este caso, conviene examinar las garantías procedimentales de las que dispone la persona para determinar si el Estado demandado no ha fijado el marco reglamentario sobrepasando los límites de su poder discrecional.” (FJ 101)

Por tanto, “La obligación del Tribunal es la de determinar, basándose en los principios que acaban de ser enunciados, si los motivos invocados para justificar la injerencia en cuestión son pertinentes y suficientes desde el punto de vista del artículo 8.2”. (FJ 101)

A tal efecto, el Tribunal indicó que:

“El Tribunal debe examinar si se puede considerar que el Estado estableció un equilibrio justo entre estos intereses y los intereses de las personas víctimas de las molestias sonoras como los demandantes.” (FJ 122)

En este sentido, haciendo referencia al Plan de 1993, el Tribunal señaló que:

“[...] la introducción del Plan de 1993 relativo a los vuelos nocturnos era una medida general que no iba dirigida a los demandantes en concreto, incluso aunque claramente tuviera consecuencias para ellos y para otras personas que se encontraban en una situación análoga [...]. De hecho, es más bien la regla normal aplicable a las decisiones de política general [...] la que parece ser apropiada en este caso, tanto más cuanto que puede ser invocada incluso en lo que respecta a medidas de carácter individual tomadas en el marco de una política general [...]. Si el Estado está obligado a tener debidamente en cuenta los intereses particulares cuyo respeto tiene la obligación de garantizar en virtud del artículo 8, también hay que permitirle, en principio, la elección de los medios a emplear para cumplir con esta obligación. Visto el carácter subsidiario de su función de control, el Tribunal se limitará a examinar si tal o cual solución adoptada puede considerarse que mantiene o no un equilibrio justo.” (FJ 123)

Dicho esto, el Tribunal constató las dificultades de establecer si el nivel general de ruido había aumentado como consecuencia del Plan, si bien aclaró que:

“El Tribunal no puede pronunciarse sobre este punto. Constata que el litigio entre las partes se refiere a si hay que medir el ruido nocturno según el número de movimientos de aviones o según las cifras de cupo. Sea como fuere, nada indica, en opinión del Tribunal, que la decisión de las autoridades de introducir un régimen basado en un sistema de cifras de cupo sea en sí mismo incompatible con el artículo 8.” (FJ 124)

Dicho esto, acerca de si las previsiones del Plan habían supuesto un desequilibrio, el Tribunal señaló lo siguiente:

“La respuesta a la cuestión de si la fijación de este régimen estableció, en este caso, un equilibrio justo entre los derechos consagrados por el artículo 8 contra los que atenta, y ciertos intereses en competencia de la comunidad, depende del peso relativo concedido a unos y otros. Teniendo en cuenta el carácter general de las medidas en cuestión, el Tribunal admite que, en el contexto de este caso, las autoridades tenían derecho a apoyarse en datos estadísticos basados en la percepción media de las molestias sonoras. Llega a esta conclusión partiendo del Documento de consulta de 1993 según el cual el número de perturbaciones del sueño causadas por el ruido de los aviones era tan mínimo que podía considerarse despreciable en relación con la cantidad normal total de perturbaciones.” (FJ 125)

Dicho esto, el Tribunal aclaró que:

“Eso no quiere decir que se hayan ignorado totalmente las preocupaciones de las personas afectadas. El objetivo mismo de la aplicación de un régimen de restricciones de los vuelos nocturnos es el de mantener las molestias sonoras a un nivel aceptable para la población que vive en las proximidades del aeropuerto. Además, las autoridades parecen haberse dado cuenta que, visto el carácter evolutivo de la situación (aumento del transporte aéreo, progresos tecnológicos en el campo de la lucha contra el ruido, evolución de los comportamientos sociales, etc.), la adecuación de las medidas en esta materia debía ser objeto de un control permanente.” (FJ 125)

Por su parte, el Tribunal señaló que:

“En cuanto a los intereses económicos que se contraponen a la oportunidad de restringir o de suprimir los vuelos nocturnos para alcanzar los objetivos anteriormente mencionados, el Tribunal considera razonable presumir que esos vuelos contribuyen, por lo menos en cierta medida, a la economía general [...]. Se puede admitir sin problema el interés económico que supone mantener un servicio total entre Londres y países lejanos; además, es difícil, o imposible, separar los intereses de la industria aérea y los intereses económicos del país en su conjunto. Dicho esto, las compañías aéreas no están autorizadas a operar como les plazca, siendo su libertad de explotación objeto de importantes limitaciones, como las relativas a los vuelos nocturnos de Heathrow.” (FJ 126)

Junto a los intereses económicos, el Tribunal consideró que también se debían tener en cuenta “[...] las medidas implantadas para atenuar los efectos del ruido generado por los aviones de manera general, incluso durante la noche”. (FJ 127)

Asimismo, había que tener en cuenta “[...] para determinar las repercusiones de una política general sobre las personas que viven en un lugar concreto, la medida en la que los interesados tienen la posibilidad de abandonar ese lugar. Cuando un número restringido de personas en un lugar (2 a 3% de la población afectada, según el estudio de 1992 sobre el sueño) sufren especialmente por una medida general, el hecho de que puedan trasladarse, si así lo desean, sin sufrir una pérdida económica, es un elemento de peso en la apreciación del carácter razonable en conjunto de la medida en cuestión”. (FJ 127)

En cuanto a los aspectos procedimentales, el Tribunal señaló que:

“El Documento precisaba que el cupo debía fijarse de manera que no permitiera un aumento de los niveles de ruido durante la noche y, en una situación ideal, reducirlos. Fue publicado en enero de 1993 y enviado a organismos representantes de la industria aérea y de los vecinos de los aeropuertos. Los demandantes y las personas que se encontraban en una situación análoga a la suya tuvieron pues acceso al Documento de consulta y pudieron formular todas las observaciones que consideraran oportunas. Si sus objeciones no hubieran sido tenidas en cuenta, habrían podido impugnar las decisiones posteriores, o el mismo Plan, ante los tribunales. Además, como miembros o exmiembros de la Asociación de Lucha contra el Ruido de los Aviones de Heathrow, los demandantes estaban especialmente bien situados para formular alegaciones.”

Por lo expuesto, el Tribunal llegó a la conclusión de que no se había producido una violación del artículo 8 del Convenio, por cuanto:

“[...] las autoridades no sobrepasaron su margen de apreciación en la búsqueda de un equilibrio justo entre, por un lado, el derecho de las personas afectadas por la reglamentación en litigio a ver respetar su vida privada y su domicilio y, por otro, los intereses en concurrencia de la sociedad en conjunto. Además, no observa ningún vicio fundamental en el procedimiento que llevó a la adopción de la reglamentación de 1993 relativa a las restricciones de los vuelos nocturnos.” (FJ 129)

Sobre la violación del artículo 13 del Convenio

En cuanto a la posibilidad de que se hubiera violado el artículo 13 del Convenio, que dispone que “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos por el [...] Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”, el Tribunal hizo la siguiente advertencia:

“[...] el Tribunal siempre ha interpretado el artículo 13 como exigiendo un recurso únicamente con respecto a los agravios

que se puedan calificar de 'defendibles' en términos del Convenio [...]. En el presente caso, el Tribunal no ha fallado que haya habido violación del artículo 8, pero considera que hay que admitir el carácter defendible de la queja derivada de esta disposición, al haber declarado la Sala admisibles las cuestiones planteadas en el terreno del artículo 8 y, de hecho, constatado una violación de éste. Así, la queja basada en el artículo 13 debe ser examinada." (FJ 137)

Al respecto, el Tribunal analizó si los recurrentes disponían en el Derecho interno de un recurso que les hiciera valer sus derechos, advirtiendo al respecto lo siguiente:

"[...] hubiera sido posible, por la vía de la revisión judicial el hacer que se declarara ilegal el Plan de 1993 debido a que la brecha entre la política del Gobierno y la práctica era demasiado amplia [...]. Sin embargo, es claro, como declaró la Sala, que el alcance del control que podían ejercer los tribunales nacionales se limitaba a la aplicación de los conceptos clásicos del Derecho público inglés, tales como arbitrariedad, ilegalidad y patente irrazonabilidad, y no permitía examinar entonces (es decir, antes de la entrada en vigor de la Ley de 1998 sobre los derechos humanos), si el aumento de los vuelos nocturnos supuestamente debido al Plan de 1993 representaba un atentado justificable al derecho al respeto de la vida privada y familiar o a los domicilios de aquellos que viven en las inmediaciones del aeropuerto de Heathrow." (FJ 141)

Por ello, el Tribunal consideró que se había producido una violación de las exigencias del artículo 13 del Convenio.

En relación con la indemnización de los demandantes por el "daño moral" sufrido, el Tribunal declaró que "teniendo en cuenta la naturaleza de la violación que ha fallado, la constatación de la violación representa en sí misma una satisfacción equitativa suficiente por el daño moral sufrido". (FJ 147)

En cuanto a las costas, el Tribunal concedió a los demandantes 50.000 € en concepto de costas y gastos.

OPINIÓN DISIDENTE

Varios jueces discreparon del parecer de la mayoría, por considerar que, efectivamente, se había producido una violación del artículo 8 del Convenio, por hacer una interpretación distinta de la jurisprudencia aplicable.

Al respecto, éstos recordaron que:

"El Tribunal ha confirmado con claridad que el Convenio garantiza, en el artículo 8, el derecho a un medio ambiente sano: ha fallado así, las dos veces por unanimidad, la violación del artículo 8 en los asuntos *López Ostra contra España* [...] y *Guerra contra Italia* [...]. En el primer caso se trataba de molestias (olores, ruidos, humos) producidos por una estación depuradora cercana al domicilio de la demandante, que habían afectado a la salud de su hija; en el segundo, se trataba de las emisiones nocivas de una fábrica química que suponía graves riesgos para los demandantes, que vivían en un municipio cercano."

Por ello, entendían que:

"La sentencia dictada por la Gran Sala en este caso, en la medida en la que falla, de manera contraria a la Sentencia de la Sala de 2 de octubre de 2001, la ausencia de violación del artículo 8, nos parece que se separa de esta evolución de la jurisprudencia de los órganos del Convenio, y que incluso lleva a una regresión. Privilegia las consideraciones económicas en detrimento de las condiciones sanitarias mínimas, describiendo la 'sensibilidad al ruido' de los demandantes como la de 'una pequeña minoría de personas' (apartado 118 de la sentencia). La tendencia a minimizar esta sensibilidad (y más concretamente las preocupaciones relativas al ruido y a las perturbaciones del sueño), va contra la importancia creciente que se concede al medio ambiente tanto en Europa como en todo el mundo. La simple comparación de los asuntos anteriormente citados [...], con

la presente sentencia nos parece que revela que nuestro Tribunal va a contracorriente."

En relación con el análisis que el Tribunal debía efectuar, los jueces señalaron lo siguiente:

"Visto el carácter subsidiario de su función de control, el Tribunal se limitará a examinar si tal o cual solución adoptada puede considerarse que mantiene o no un equilibrio justo. En presencia de situaciones personales tan íntimas como la perturbación constante del sueño causada por el ruido de los aviones durante la noche, el Estado tiene la obligación positiva de garantizar, en la medida de lo posible, condiciones normales de sueño al ciudadano medio. No se ha demostrado que los demandantes hayan actuado por capricho, e incluso si su 'sensibilidad al ruido' y su 'predisposición a ser molestados por el ruido' pueden calificarse de 'subjetivas', el Tribunal reconoce que el 'plan litigioso tuvo [...] un efecto notable' en su posibilidad de dormir."

Asimismo, los jueces entendían:

"[...] que existe una incoherencia en el hecho de que la sentencia (en el apartado 126) tenga en cuenta 'importantes molestias para los pasajeros', mientras minimiza [...] la molestia sufrida por el conjunto de las personas que viven cerca del aeropuerto que están expuestas al ruido de los aviones, reduciéndola a 'una parte de subjetividad, de una pequeña minoría de personas que son más susceptibles que otras de ser despertadas o de ver su sueño perturbado [...]'. No consideramos convincente proceder al ejercicio de sopesar aplicando la teoría de la proporcionalidad para mostrar que el interés abstracto de la mayoría prima sobre la 'parte [concreta] de subjetividad de una pequeña minoría de personas'. Según las directrices de la OMS, los efectos mensurables del ruido sobre el sueño comienzan en un nivel de 30 dB Leq aproximadamente. Estos criterios son objetivos. Muestran que la sensibilidad al ruido no es 'subjetiva' en el sentido de que se referiría a una hipersensibilidad o a un carácter difícil. Ahora bien, una función importante de la protección de los derechos humanos es precisamente la de proteger a las 'pequeñas minorías' cuya 'parte de subjetividad' les diferencia de la mayoría."

Dicho esto, los jueces señalaron que:

"El margen de apreciación del Estado se encuentra reducido a causa del carácter fundamental del derecho al sueño, que no puede pasar a un segundo plano salvo por necesidades reales e imperiosas (o urgentes) del Estado. Por otro lado, el papel subsidiario del Tribunal, que se refleja en el empleo del 'margen de apreciación', se vuelve cada vez más marginal al tratarse de una constelación de cuestiones como la relación entre la protección del derecho al sueño como aspecto de la vida privada y la salud, por un lado, y el interés económico muy general por otro."

Advirtiendo, finalmente, que "motivos económicos relativos al 'país en conjunto' sin ninguna 'indicación precisa del coste económico de la supresión de vuelos de noche específicos' (apartado 126 de la sentencia) no son suficientes. Además, el Estado demandado no ha demostrado cómo y en qué medida, un plan más drástico que tendiera a limitar los vuelos nocturnos, a reducirlos a la mitad, o a suprimirlos, deterioraría la situación económica".

En relación con la indemnización de los daños morales, el los jueces consideraban que "[...] la cuestión habría podido circunscribirse al derecho a una indemnización de una 'pequeña minoría' por el perjuicio material y el daño moral realmente sufridos. Dado que no consideramos que la 'parte de subjetividad' mencionada en el apartado 118 de la sentencia sea simplemente un eufemismo para 'hipersensibilidad debida a un carácter difícil', se debía haber concedido a los demandantes, en nuestra opinión, una indemnización".

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Declarando que cuando una persona padece directa y gravemente el ruido u otras formas de contaminación, se puede plantear una cuestión desde el punto de vista del artículo 8, ver las siguientes sentencias: STEDH de 21 febrero de 1990 (Aranzadi 1990/4), serie A, núm. 172, apartado 40, Asunto Powell y Rainer contra el Reino Unido (ruidos producidos por el vuelo de los aviones durante el día); STEDH de 9 diciembre de 1994 (Aranzadi 1994/3), serie A, núm. 303-C, apartado 51, López Ostra contra España; STEDH de 19 de febrero de 1998 (Aranzadi 1998/2), Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-I, asunto Guerra contra Italia.

Declarando que el Estado goza un amplio margen de apreciación en cuestiones relacionadas con el medio ambiente, ver la

siguiente sentencia: STEDH de 25 septiembre de 1996 (Aranzadi 1996/42), Repertorio 1996-IV, apartados 74-77, asunto Buckley contra el Reino Unido (denegación de un permiso para la instalación de manera estable de una caravana en un terreno que le pertenecía).

Declarando que cuando una política del Gobierno que se traduce en leyes penales atenta contra uno de los aspectos más íntimos de la vida privada de una persona, el margen de apreciación que se deja al Estado es reducido, ver la siguiente sentencia: STEDH de 22 de octubre de 1981 (Aranzadi 1981/4), serie A, núm. 45, pg. 21, apartado 52, Dudgeon contra el Reino Unido.

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Licitación para la prestación de servicios de transporte aéreo. Criterios de adjudicación de los contratos públicos. Acceso a los procedimientos de recurso

SUPUESTO DE HECHO

El Gobierno austriaco convocó una licitación relativa a la prestación de ciertos servicios de transporte aéreo para el Gobierno austriaco, si bien posteriormente anuló dicha licitación, a la que se había presentado la compañía aérea G.

Tras ello, se convocó una segunda licitación, a la que G no se presentó.

El Gobierno austriaco informó a G de su intención de adjudicar el contrato a otra compañía aérea. A los diez días de dicha notificación, G interpuso recurso solicitando la anulación de la decisión de adjudicar el contrato a la otra compañía, alegando que la licitación se había concebido para ajustarse a un solo licitador. Dos días después de que el órgano judicial austriaco correspondiente recibiera dicho escrito, el gobierno austriaco firmó el contrato con la otra compañía. El órgano judicial desestimó el recurso, alegando que no había alegado tener un interés jurídico en obtener la adjudicación del contrato en su conjunto y que, celebrado el contrato, éste ya no tenía competencia para anularlo.

Tras ello, G interpuso recurso de anulación contra la mencionada resolución, que el órgano correspondiente anuló por violación del derecho constitucional a un procedimiento ante el juez predeterminado por la ley, debido a que el órgano en la instancia había actuado erróneamente al no plantear ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una cuestión prejudicial sobre la conformidad con el Derecho comunitario de la interpretación realizada del artículo 115, apartado 1, de la Ley federal sobre la adjudicación de contratos públicos.

Al órgano remitente se le planteaba si G tenía legitimación activa en virtud del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, puesto que no había presentado ninguna oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato controvertido, al no estar en condiciones de prestar los servicios de que se trataba debido, según ella, a que los documentos de la licitación contenían disposiciones discriminatorias en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra b), de dicha Directiva.

Por ello presentó las siguientes cuestiones prejudiciales ante el TJCEE:

"1) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 [...] en el sentido de que cualquier empresario que haya presentado una oferta en un procedimiento de licitación o haya solicitado participar en el mismo esté necesariamente legitimado para interponer un recurso?

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Sexta. Asunto C-230/02. Cuestión prejudicial

FECHA: 12 de febrero de 2004

PONENTE: Sr. Romain Schintgen

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 1, apartado 3, y 2, apartado 1, letra b), de 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 de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (la Directiva)

DOCTRINA: Licitación para la prestación de servicios de transporte aéreo. Criterios de adjudicación de los contratos públicos. Acceso a los procedimientos de recurso (FJ 25, 26, 27, 28, 30, 36, 37, 39, 40, 42 y 43)

"En caso de respuesta negativa a esta cuestión:

"2) ¿Debe interpretarse la disposición [...] antes citada en el sentido de que un empresario sólo tiene, o tenía, un interés en un determinado contrato público si, además de participar en el procedimiento de licitación, adopta todas y las medidas de que dispone con arreglo a la legislación nacional para evitar que se adjudique el contrato a la oferta de otro licitador?"

"3) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 3, en relación con el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 [...], en el sentido de que un empresario también está legitimado para interponer un recurso contra una licitación que considera ilegal o discriminatoria cuando no tiene capacidad para prestar todo el servicio licitado y, por ello, no presentó ninguna oferta en dicho procedimiento de licitación?"

El TJCEE entendió que había que interpretar los artículos 1, apartado 3, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva "en el senti-

do de que no se oponen a que, después de la adjudicación de un contrato público, se considere que una persona no tiene derecho a acceder a los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva cuando esta persona no ha participado en el procedimiento de adjudicación del citado contrato, debido a que no estaría en condiciones de prestar todos los servicios objeto de la licitación, como consecuencia de la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a ésta, y contra las cuales, aun así, no interpuso un recurso antes de la adjudicación del citado contrato”.

En cuanto al artículo 1, apartado 3, de la Directiva, debía interpretarse en el sentido de que “se opone a que se considere que una persona que ha participado en el procedimiento de adjudicación de un contrato público ha perdido su interés en obtener dicho contrato, debido a que, antes de incoar un procedimiento de recurso previsto por la citada Directiva, no sometió el asunto a una comisión de conciliación”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el TJCE procedió a responder a las cuestiones primera y tercera. Para ello, analizó qué sucedía si la persona que interpusiera el correspondiente recurso no participaba en la adjudicación del contrato y las consecuencias de presentar el recurso después de la adjudicación del contrato.

En relación con la falta de participación en el procedimiento de adjudicación del contrato, el Tribunal recordó que el artículo 1.3 de la Directiva obliga a los estados miembros a “[...] garantizar que los procedimientos de recurso previstos por ésta sean accesibles ‘como mínimo’ a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que adaptan el Derecho interno a aquél.” (FJ 25)

De ello, el Tribunal deducía que:

“[...] los estados miembros no están obligados a garantizar que dichos procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que desee obtener la adjudicación de un contrato público, sino que pueden exigir que la persona interesada se haya visto perjudicada o pueda verse perjudicada por la infracción que alega.” (FJ 26)

Siendo ello así, “[...] la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación”. (FJ 27)

Sin embargo, el Tribunal matizó que:

“[...] en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate.” (FJ 28)

Por ello el Tribunal concluía que “debe ser posible que una empresa interponga un recurso directamente contra tales características discriminatorias, sin esperar a que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato”. (FJ 30)

En relación con la posibilidad de que una persona que no hubiese presentado recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora tiene derecho a acceder a los procedimientos de recurso previstos por la Directiva o, por el contrario, no puede hacerlo por entenderse que la no-presentación demuestra falta de interés en el mismo, el Tribunal hizo referencia a la necesidad de garantizar la aplicación efectiva de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos (efecto útil), indicando que:

“[...] la Directiva 89/665 pretende reforzar los mecanismos existentes destinados a garantizar, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, la aplicación efectiva de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos, en particular en la fase en que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse. A tal efecto, el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva impone a los estados miembros la obligación de garantizar que las decisiones ilícitas adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible.” (FJ 36)

Siendo ello así, el Tribunal entendió que:

“[...] no corresponde a los objetivos de rapidez y eficacia de la Directiva 89/665 el hecho de que una persona no interponga un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora en la que se fijan las características de una licitación, que, sin embargo, considera discriminatorias en su detrimento, puesto que éstas le impiden participar adecuadamente en el procedimiento de adjudicación del contrato de que se trata, y espere a la notificación de la decisión de adjudicación de dicho contrato para impugnarla ante el órgano competente, alegando precisamente el carácter discriminatorio de dichas características.” (FJ 37)

[...]

“En tales circunstancias, la negativa a reconocer el interés en obtener el contrato de que se trate y, en consecuencia, el derecho a acceder a los procedimientos de recurso previstos por la Directiva 89/665 a una persona que no ha participado en el procedimiento de adjudicación del contrato ni ha interpuesto un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora en la que se fijan las características de la licitación no puede menoscabar el efecto útil de dicha Directiva.” (FJ 39)

Por lo expuesto, en relación con las cuestiones 1 y 3, el Tribunal resolvió lo siguiente:

“[...] procede responder a las cuestiones primera y tercera que los artículos 1, apartado 3, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, después de la adjudicación de un contrato público, se considere que una persona no tiene derecho a acceder a los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva cuando esta persona no ha participado en el procedimiento de adjudicación del citado contrato, debido a que no estaría en condiciones de prestar todos los servicios objeto de la licitación, como consecuencia de la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a ésta, y contra las cuales, aun así, no interpuso un recurso antes de la adjudicación del citado contrato.” (FJ 40)

En relación con la segunda cuestión (interés en un contrato público), el Tribunal declaró que:

“[...] si bien el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 permite expresamente a los estados miembros determinar las modalidades con arreglo a las cuales deben garantizar que los procedimientos de recurso previstos por la citada Directiva sean accesibles a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por la supuesta infracción, ello no los autoriza, sin embargo, a interpretar el concepto de ‘interés en obtener un determinado contrato público’ de modo que pueda menoscabar el efecto útil de dicha Directiva. Pues bien, el hecho de supeditar el acceso a los procedimientos de

recurso previstos por ésta a la sumisión previa del asunto a una comisión de conciliación, [...] es contrario a los objetivos de rapidez y eficacia de la citada Directiva.” (FJ 42)

“En consecuencia, procede responder a la segunda cuestión que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se considere que una persona que ha participado en el procedimiento de adjudicación de un contrato público ha perdido su interés en obtener dicho contrato, debido a que, antes de incoar un procedimiento de recurso previsto por la citada Directiva, no sometió el asunto a una comisión de conciliación [...]” (FJ 43)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En relación con los requisitos exigidos a los procedimientos de recurso previstos por los estados miembros, ver la siguiente

sentencia: STJCEE de 19 de junio de 2003 (Aranzadi 2003/181), Hackermüller, C-249/01, Rec. pg. I-6319, apartado 18.

Sobre la obligación de garantizar que las decisiones ilícitas adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible, ver las siguientes sentencias: STJCE de 28 de octubre de 1999 (Aranzadi 1999/255), Alcatel Austria y otros, C-81/98, Rec. pg. I-7671, apartados 33 y 34; STJCE de 12 de diciembre de 2002 (Aranzadi 2002/369), Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. pg. I-11617, apartado 74, y STJCE de 19 de junio de 2003 (Aranzadi 2003/183), Fritsch, Chiari & Partner y otros, C-410/01, Rec. pg. I-6413, apartado 30).

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Criterios en la aplicación del cobro de peajes y derechos de uso. Efecto directo de las directivas

SUPUESTO DE HECHO

Una empresa de transporte internacional de mercancías solicitó ante el correspondiente tribunal nacional el reembolso de peajes que consideraba haber pagado en exceso por el uso de una autopista a la empresa que tenía la concesión para su explotación. La concesionaria A estaba facultada para cobrar peajes y derechos de uso en nombre y por cuenta propia para cubrir los costes de construcción, planificación, etcétera.

La actora alegó que el artículo 7, letras b) y h), de la Directiva 93/89 era suficientemente preciso para producir efecto directo, y que al haber expirado el plazo de adaptación del Derecho nacional a dicha directiva, se podían invocar directamente sus disposiciones.

Sin embarco, la concesionaria consideró que los transportistas austriacos no podían invocar el artículo 7, letra b), de la Directiva 93/89, que prohíbe cualquier discriminación.

El órgano jurisdiccional de primera instancia desestimó el recurso por entender que el artículo 7, letra h), de la Directiva 93/89 no era directamente aplicable y la demandante no podía invocar el artículo 7, letra b), de dicha directiva.

Tras ello, la empresa de transportes interpuso recurso de apelación. El órgano jurisdiccional admitió a trámite el recurso, si bien entendía que no procedía la devolución de los derechos de peaje en el período comprendido entre el 17 de junio de 1999, fecha de adopción de la directiva, y el 1 de julio de 2000, por cuanto durante ese período los estados miembros únicamente tenían la obligación de no adoptar disposiciones que pusieran seriamente en peligro el objetivo perseguido por la Directiva 1999/62, y entendía que no había ningún indicio de que dicha obligación no se hubiera cumplido.

Dicho órgano tenía varias dudas, por lo que acordó suspender el procedimiento para plantear las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Tiene también la parte demandada, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el concepto funcional de Estado, la obligación de respetar, al celebrar de contratos con usuarios de carreteras, las disposiciones directamente aplicables (“self-executing”) de la Directiva 93/89 y de la Directiva 1999/62 con la consecuencia de que la parte demandada no puede exigir un peaje más elevado que el establecido en dichas disposiciones?

“2) En caso únicamente de respuesta afirmativa a la primera cuestión: el artículo 7, letras b) y h), de la Directiva 93/89, y el artículo 7, apartados 4 y 9, de la Directiva 1999/62, ¿son directamente aplicables, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Sexta. Asunto C-157/02. Cuestión prejudicial

FECHA: 5 de febrero de 2004

PONENTE: Sr. J. N. Cunha Rodrigues

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 7, letras b) y h), de la Directiva 93/89/CEE del Consejo, de 25 de octubre de 1993, relativa a la aplicación por los estados miembros de los impuestos sobre determinados tipos de vehículos utilizados para el transporte de mercancías por carretera, así como de los peajes y derechos de uso percibidos por la utilización de determinadas infraestructuras, y artículo 7, apartados 4 y 9, de la Directiva 1999/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras

DOCTRINA: Criterios en la aplicación del cobro de peajes y derechos de uso. Efecto directo de las directivas (FJ 22, 24, 28, 29, 34, 40, 41, 43, 44, 51, 53, 54, 60, 61, 66, 67 y 69)

de Justicia de las Comunidades Europeas, en la medida en que pueden utilizarse para determinar la cuantía de un peaje conforme con las Directivas para el trayecto completo de la autopista austriaca del Brenner para los vehículos de más de tres ejes utilizados para el transporte de mercancías por carretera, aun en el caso de que el Derecho austriaco no se haya adaptado o se haya adaptado de manera incompleta a dichas directivas?

“3) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión:

“a) ¿De qué modo y aplicando qué parámetros debe calcularse en cada caso el peaje permitido por un recorrido de ida del trayecto completo?

“b) ¿Pueden alegar también los transportistas austriacos que resultan discriminados por la (excesiva) tarifa aplicada por el trayecto completo frente a los usuarios de carreteras que utilizan únicamente trayectos parciales de la mencionada autopista?

“4) En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones primera y segunda:

“a) La Sentencia Parlamento/Consejo [antes citada], en la que se declaró que los efectos de la Directiva [93/89], anulada mediante dicha sentencia, se mantendrían hasta que el Consejo hubiera adoptado una nueva directiva, ¿debe interpretarse en el sentido de que dichos efectos se mantienen hasta que los estados miembros hayan adaptado su Derecho interno a las disposiciones de la nueva directiva o hasta que haya expirado el plazo de adaptación de su Derecho interno a la misma?”

“b) En caso de respuesta negativa a la cuarta cuestión, letra a): ¿Tienen los estados miembros, en el período comprendido entre el 17 de junio de 1999 y el 1 de julio de 2000, la obligación de tener en cuenta la nueva directiva, en el sentido, por ejemplo, de efectos anticipados que deben respetarse?”

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Primera cuestión

Para dar respuesta a la primera cuestión planteada, el Tribunal recordó la jurisprudencia reiterada por el mismo en relación con el efecto directo de las directivas, en cuya virtud, “[...] cuando las autoridades comunitarias han obligado a los estados miembros, mediante una directiva, a una actuación determinada, la eficacia de dicho acto se debilitaría si se impidiera a los justiciables invocarlo ante los tribunales y a los órganos jurisdiccionales nacionales tenerlo en cuenta como elemento del Derecho comunitario. Por consiguiente, el Estado miembro que no ha adoptado a su debido tiempo las medidas de ejecución impuestas por la directiva no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que impone la directiva. Por tanto, en todos los casos en que las disposiciones de una directiva sean, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, pueden invocarse dichas disposiciones, a falta de medidas de aplicación adoptadas dentro de plazo, frente a cualquier disposición nacional no conforme a la directiva, o incluso en la medida en que pueden definir derechos que los particulares pueden alegar frente al Estado”. (FJ 22)

En relación con las entidades a las que cabría oponer las disposiciones de una directiva que pudieran tener efecto directo, el Tribunal declaró que:

“Entre las entidades a las que se pueden oponer las disposiciones de una directiva que puedan tener efectos directos, figura, en cualquier caso, un organismo al que, cualquiera que sea su forma jurídica, le ha sido encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, el cumplimiento, bajo el control de esta última, de un servicio de interés público y que dispone, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares [...]”. (FJ 24)

Entrando en la cuestión litigiosa, el Tribunal señaló que A “[...] es un organismo al que se han encargado, en virtud de un acto de los poderes públicos, prestar, bajo el control de éstos, un servicio de interés general (en concreto, la construcción, la planificación, la explotación, el mantenimiento y el funcionamiento de las autopistas y autovías austriacas y el cobro de peajes y derechos de uso) y que dispone, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares”. (FJ 25)

De modo que dicho organismo “[...] figura, cualquiera que sea su forma jurídica, entre las entidades a las que se pueden oponer las disposiciones de una directiva que puedan tener efecto directo”. (FJ 28)

Por ello, en relación con la primera cuestión, el Tribunal respondió lo siguiente:

“[...] los usuarios de carreteras están legitimados para invocar frente a una persona jurídica de Derecho privado que contrata con ellos las disposiciones de una directiva que puedan tener efecto directo cuando el Estado ha encargado a esta persona jurídica la tarea de cobrar peajes por la utilización de la red

de carreteras públicas y controla directa o indirectamente a dicha persona jurídica.” (FJ 29)

Segunda cuestión

En relación con la segunda cuestión, el Tribunal hizo referencia a su jurisprudencia, en cuya virtud “[...] en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no adapte el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haga una adaptación incorrecta [...]”. (FJ 34)

En este sentido, entendió que tanto el artículo 7.4 de la Directiva 1999/62 como el artículo 7.b) de la Directiva 93/89 eran incondicionales y suficientemente precisos para ser invocados por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

Por el contrario, “[...] el artículo 7, letra h), de la Directiva 93/89 dispone que los importes de los peajes deben estar relacionados con los costes de construcción, explotación y ampliación de la red de infraestructuras, sin precisar la naturaleza de esta relación. Además, esta disposición no define ni las tres partidas de los gastos de que se trata, en concreto, la construcción, la explotación y la ampliación, ni el concepto de red de infraestructuras a que se refiere. Aunque esta disposición impone a los estados miembros una directriz general para calcular los derechos de peaje no indica ningún método de cálculo concreto y deja a los estados miembros un amplio margen de apreciación al respecto”. (FJ 40)

Por ello, el Tribunal entendió que:

“[...] no puede considerarse esta disposición incondicional o suficientemente precisa para ser invocada por los particulares frente a una autoridad pública.” (FJ 40)

El Tribunal entendió que ello también sucedía en el caso del artículo 7, apartado 9, de la Directiva 1999/62, “[...] ya que está redactado en términos idénticos a los del artículo 7, letra h), de la Directiva 93/89, con la salvedad de que se refiere a los ‘importes medios ponderados de los peajes’ y no a los ‘importes de los peajes’. Al sustituir este concepto sin definirlo, tal disposición resulta aún más imprecisa que el artículo 7, letra h)”. (FJ 41)

Finalmente, el Tribunal precisó que dicha cuestión se refería a los “vehículos de más de tres ejes utilizados para el transporte de mercancías”, mientras que las dos directivas se referían a vehículos definidos en su artículo 2. De modo que “[...] si los particulares pueden invocar las disposiciones de estas directivas ante los órganos jurisdiccionales nacionales, es únicamente en relación con los vehículos definidos en esos términos”. (FJ 43)

En consecuencia, el Tribunal respondió a la tercera cuestión como sigue:

“[...] los particulares pueden invocar frente a una autoridad del Estado los artículos 7, letra b), de la Directiva 93/89, y 7, apartado 4, de la Directiva 1999/62, pero no los artículos 7, letra h), de la Directiva 93/89 y 7, apartado 9, de la Directiva 1999/62, en caso de no-adaptación o de adaptación incompleta del Derecho nacional a estas directivas por lo que se refiere al cálculo del importe de un derecho de peaje para los vehículos que tengan un peso total en carga autorizado igual o superior a 12 toneladas utilizados para el transporte de mercancías para el trayecto completo de la autopista austriaca del Brenner.” (FJ 44)

Tercera cuestión

En atención a la respuesta dada en relación con la segunda cuestión, el Tribunal entendió que no procedía responder al apartado a) de la tercera cuestión.

En cuanto al apartado b) el Tribunal recordó que tanto el artículo 7, letra b), de la Directiva 93/89 como el artículo 7, aparta-

do 4 de la Directiva 1999/62, “[...] para evitar cualquier forma de distorsión de la competencia entre las empresas de transportes de los estados miembros, [prohíben], a la hora de aplicar derechos de uso y peajes, además de las discriminaciones basadas, directa o indirectamente, en la nacionalidad de los transportistas, las vinculadas con el origen o el destino del transporte [...]”. (FJ 51)

De ello, el Tribunal consideraba que se podía deducir que:

“[...] las empresas de transporte austriaco que, en el marco del transporte de tránsito, utilizan el trayecto completo de la autopista del Brenner y que, por consiguiente, resultan desfavorecidas en relación con los usuarios de determinados trayectos parciales por razón del origen o del destino del transporte, también pueden invocar la prohibición de discriminación establecida en los artículos [mencionados].” (FJ 53)

En consecuencia, el Tribunal consideró que se podía responder al apartado b) de la cuestión tercera como sigue:

“[...] al igual que los transportistas de los demás estados miembros, los transportistas austriacos pueden invocar los artículos 7, letra b), de la Directiva 93/89 y 7, apartado 4, de la Directiva 1999/62 para alegar que resultan discriminados por la (excesiva) tarifa aplicada por el trayecto completo frente a los usuarios de carreteras que utilizan únicamente trayectos parciales de la mencionada autopista.” (FJ 54)

Cuarta cuestión

En relación con el apartado a) de la cuarta cuestión, el Tribunal indicó que, si bien había de admitirse que de acuerdo con el tenor literal de la Sentencia del Parlamento/Consejo de 5 de julio de 1995 los efectos de la Directiva 93/1989 se deberían mantener hasta la fecha de adaptación de la Directiva 1999/62, que la sustituyó, “[...] la finalidad del mantener los efectos de un acto jurídico anulado es no permitir la existencia de un vacío jurídico hasta que un nuevo acto sustituya al anulado. Esta finalidad únicamente se alcanza si el acto jurídico anulado continúa produciendo efectos hasta que los produzca el nuevo acto. Puesto que la Directiva 1999/62 no produjo efectos hasta la fecha de su entrada en vigor, la sentencia del Parlamento/Consejo, antes citada, debe interpretarse en el sentido de que los efectos de la Directiva 93/89 se mantuvieron hasta la entrada en vigor de la Directiva 1999/62, es decir, a tenor de su artículo 13, el 20 de julio de 1999. Por tanto, la Directiva 93/89 siguió surtiendo efecto hasta las 12 de la noche del 19 de julio de 1999”. (FJ 60)

En consecuencia, el Tribunal entendió que había que responder al apartado a) de la cuarta cuestión en el sentido que:

“[...] los efectos de la Directiva 93/89 se mantuvieron hasta el 20 de julio de 1999, fecha de entrada en vigor de la Directiva 1999/62.” (FJ 61)

En cuanto al apartado b) de la cuarta cuestión, el Tribunal indicó lo siguiente:

“De la aplicación de los artículos 10 de la CE, párrafo segundo, y 249 de la CE, párrafo tercero, y de la propia Directiva 1999/62 se deduce que durante el plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva fijado por la propia directiva, el Estado miembro destinatario debe abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la directiva [...]”. (FJ 66)

“Sin embargo, no es menos cierto que, en los procedimientos iniciados por los particulares que invocan el efecto directo de una directiva, los órganos jurisdiccionales nacionales sólo están obligados a dejar inaplicadas las normas nacionales preexistentes contrarias a esa directiva una vez transcurrido el plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva [...]”. (FJ 67)

Por ello, el Tribunal consideró que en relación con dicha cuestión había que entender que:

“[...] durante el período comprendido entre el 20 de julio de 1999 y el 1 de julio de 2000, los estados miembros debían abstenerse de adoptar disposiciones que pudieran comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva 1999/62, pero los particulares no podían invocar esta directiva frente a los estados miembros ante los tribunales nacionales para evitar la aplicación de una norma nacional ya existente que fuera contraria a dicha directiva.” (FJ 69)

En cuanto a las costas, el Tribunal declaró que correspondía al Tribunal nacional resolver sobre ellas, por tener el procedimiento el carácter de incidente respecto al litigio principal.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el efecto directo de las directivas, ver las siguientes sentencias: STJCE de 19 de noviembre de 1991 (Aranzadi 1991/296), Francovich y otros, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357, apartado 11, y STJCE de 11 de julio de 2002 (Aranzadi 2002/224), Marks & Spencer, C-62/00, Rec. p. I-6325, apartado 25; STJCE de 10 de noviembre de 1992 (Aranzadi 1992/181), Hansa Fleisch Ernt Mundt, C-156/91, Rec. p. I-5567, apartado 20, (dictada en el contexto de una decisión).

Declarando que cuando las autoridades comunitarias han obligado a los estados miembros, mediante una directiva, a una actuación determinada, la eficacia de dicho acto se debilitaría si se impidiera a los justiciables invocarlo ante los tribunales y a los órganos jurisdiccionales nacionales tenerlo en cuenta como elemento del Derecho comunitario, ver las siguientes sentencias: STJCE de 19 de enero de 1982, Becker, 8/81, Rec. p. 53, apartados 23 a 25 y STJCE de 12 de julio de 1990 (Aranzadi 1991/43), Foster y otras, C-188/89, Rec. p. I-3313, apartado 16), entre otras.

Prohibiendo, las discriminaciones vinculadas con el origen o el destino del transporte, ver la siguiente sentencia: STJCE de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Austria (Aranzadi 2000/222).

Declarando que durante el plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva fijado por la propia directiva, el Estado miembro destinatario debe abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la directiva, ver la siguiente sentencia: STJCE de 18 de diciembre de 1997 (Aranzadi 1997/278), Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, Rec. p. I-7411, apartado 45).

Sobre la fijación de tarifas para la utilización de infraestructuras, ver las siguientes sentencias: STJCE de 5 de julio de 1995 (Aranzadi 1995/113).

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Contrato de suministro de electricidad. Condiciones de la adjudicación de los contratos de suministro. Principios de igualdad de trato y transparencia de los procedimientos de licitación

SUPUESTO DE HECHO

El Gobierno austriaco convocó un procedimiento de licitación para un contrato de suministro de electricidad. Entre los criterios de adjudicación, se contemplaba que la oferta fuera “económicamente más ventajosa según los criterios siguientes: incidencia de las prestaciones en el medio ambiente conforme al pliego de cláusulas administrativas particulares”. En este sentido, se exigía, entre otros requisitos, que fuera indicado el precio kilowatio/hora (kWh) en ATS, así como el compromiso del proveedor de “suministrar a los servicios federales, en la medida en que le fuera técnicamente posible, electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables”. Sin embargo, también se precisaba que la entidad adjudicadora era consciente de que, por motivos técnicos, ningún proveedor podía garantizar que la electricidad suministrada procediese de energías renovables, de modo que, como quiera que el consumo estimado de los servicios federales estaba en unos 22,5 gigawattios/hora (GWh), “estaba decidida a adjudicar el contrato a los licitadores que dispusieran al menos de 22,5 GWh anuales de electricidad generada de esta forma”.

Por su parte, se indicaba que se descartarían las ofertas que no acreditaran que “durante los dos últimos y/o los dos próximos años, el licitador produjo o compró y/o producirá o comprará al menos 22,5 GWh de electricidad procedente de fuente de energía renovables y la suministró y/o la suministrará a consumidores finales”. En este sentido, se establecían como criterios de adjudicación el precio neto por kWh, al que se atribuía un coeficiente de ponderación del 55%, y el criterio “energía generada a partir de fuentes de energía renovables”, al que se atribuía un coeficiente del 45%. Respecto a este último criterio de adjudicación, se establecía que “sólo se tendrá en cuenta la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables que el licitador pueda suministrar por encima de 22,5 GWh anuales”.

A dicho concurso se presentaron cuatro empresas, obteniendo la empresa A la puntuación más baja. Ésta última manifestó a la empresa adjudicataria que consideraba ilegal, entre otros, el criterio de la obtención de electricidad a partir de fuentes de energía renovables y solicitó la iniciación de un procedimiento de conciliación ante la Comisión Federal de Control de las Adjudicaciones, que rechazó su solicitud, al entender que no había posibilidad alguna de que un procedimiento de conciliación produjera resultados.

Tras ello, la empresa A interpuso recurso ante el órgano jurisdiccional correspondiente, solicitando la anulación del procedimiento de licitación y la de una serie de cláusulas. La solicitud fue estimada por el órgano competente, que prohibió temporalmente la adjudicación del contrato. Transcurrido el plazo establecido, a solicitud del demandante, se autorizó a la entidad adjudicadora a adjudicar el contrato con carácter provisional, con la condición de que dicha adjudicación fuera cancelada en el caso de que se llegase a estimar cualquiera de las pretensiones formuladas por los demandantes o se declarase la ilegalidad de la decisión de adjudicar el contrato controvertido a alguno de los licitadores concurrentes con las demandantes.

Finalmente, se adjudicó el contrato a la empresa K.

El órgano mencionado consideró que la solución del litigio exigía la interpretación de varias disposiciones de derecho comunitario, por lo que decidió suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones prejudiciales:

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Sexta. Asunto C-448/01. Cuestión prejudicial

FECHA: 4 de diciembre de 2003

PONENTE: Sr. V. Skouris

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 26 de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y artículos 1 y 2, apartado 1, letra b), de 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 de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (Directiva 89/665)

DOCTRINA: Contrato de suministro de electricidad. Condiciones de la adjudicación de los contratos de suministro. Principios de igualdad de trato y transparencia de los procedimientos de licitación (FJ 32, 34, 37, 38, 40, 41, 47, 49, 51, 57, 58, 68, 69, 76, 78, 83, 92 y 94)

“1) ¿Prohíben las disposiciones de Derecho comunitario aplicables a la adjudicación de contratos públicos, en particular el artículo 26 de la Directiva 93/36/CEE, que la entidad adjudicadora establezca, para un contrato de suministro de electricidad, un criterio de adjudicación, al que se asigna un coeficiente de ponderación del 45%, en virtud del cual el licitador debe indicar –sin sujeción a un plazo de suministro determinado– la cantidad de electricidad procedente de fuentes de energía renovables que puede suministrar a una clientela indeterminada, atribuyendo la máxima puntuación al licitador que indique la mayor cantidad, si bien sólo se valora la parte de ésta que exceda del volumen de consumo previsible en el marco de la licitación?

“2) ¿Prohíben las disposiciones de Derecho comunitario aplicables a la adjudicación de contratos públicos, en particular el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665/CEE, que se someta la anulación de una decisión ilegal, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE, al requisito de que se demuestre que esa decisión tuvo una influencia determinante en el resultado del procedimiento de adjudicación?

“3) ¿Prohíben las disposiciones de Derecho comunitario aplicables a la adjudicación de contratos públicos, en particular el artículo 26 de la Directiva 93/36/CEE, que se someta la anulación de una decisión ilegal, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE, al requisito de que se demuestre que esa decisión tuvo una influencia determinante en el resultado del procedimiento de adjudicación, si para acreditarlo es necesario que el órgano que conoce del recurso examine si la clasificación de las ofertas efectivamente presentadas resultaría modificada en el caso de que dichas

ofertas fueran sometidas a una nueva valoración sin tener en cuenta el criterio de adjudicación ilegal?

“4) ¿Obligan las disposiciones de Derecho comunitario aplicables a la adjudicación de contratos públicos, en particular el artículo 26 de la Directiva 93/36/CEE, a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación si, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE, uno de los criterios de adjudicación que había establecido es declarado ilegal?”

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Primera cuestión

En relación con la primera cuestión, el Tribunal planteó si una entidad adjudicadora podía tomar en consideración criterios de carácter ecológico para la determinación de la oferta económica más ventajosa, y en su caso, en qué condiciones debería hacerse. En este sentido, el Tribunal recordó que ya en una ocasión declaró que:

“[...] el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica.” (FJ 32)

Por tanto, en ese supuesto cabría tener en cuenta criterios ecológicos, “[...] siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no-discriminación”. (FJ 32)

Por ello el Tribunal concluyó que:

“[...] la normativa comunitaria en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables [...]”, siempre que se cumplieran los requisitos indicados. (FJ 34)

En relación con la atribución de un coeficiente de ponderación del 45% al criterio de adjudicación, el Tribunal advirtió que:

“[...] la elección de la oferta económicamente más ventajosa deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, siempre que dichos criterios vayan dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente y no confieran a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección para la adjudicación del contrato a un licitador [...]”. (FJ 37)

Asimismo, “[...] siempre que respeten los preceptos del Derecho comunitario, las entidades adjudicadoras tienen libertad no sólo para elegir los criterios de adjudicación del contrato, sino también para determinar la ponderación de tales criterios, cuando ésta permita una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa”. (FJ 38)

Siendo ello así, respecto al requisito mencionado, el Tribunal advirtió que:

“[...] la utilización de fuentes de energía renovables para la producción de electricidad es útil para la protección del medio ambiente en la medida en que contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero que figuran entre las principales causas de los cambios climáticos que la Comunidad Europea y sus estados miembros se han comprometido a combatir.” (FJ 40)

Por tanto, “[...] habida cuenta de la importancia del objetivo que persigue el criterio controvertido en el procedimiento principal, no parece que el atribuir a dicho criterio un coeficiente de ponderación del 45% obstaculice una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa”. (FJ 41)

De modo que, según el Tribunal, nada impedía que se estableciera el coeficiente indicado.

A continuación, el Tribunal entró a valorar, dada la circunstancia de que no se establecía ninguna comprobación para saber en qué medida el adjudicatario concreto contribuía al incremento de las cantidades de energía generada a partir de fuentes de energía renovables, si era posible que se utilizara un criterio de adjudicación que no estuviera acompañado de los requisitos que permitieran un control efectivo de la exactitud de la información contenida en las ofertas.

En este sentido, el Tribunal hizo referencia al principio de igualdad de trato de los participantes en una licitación, lo que significaba que:

“[...] significa [...] que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora.” (FJ 47)

Y que:

“[...] implica una obligación de transparencia para permitir que se verifique su respeto, obligación que consiste sobre todo en garantizar el control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.” (FJ 49)

Siendo ello así:

“[...] cuando una entidad adjudicadora establece un criterio de adjudicación indicando que no pretende ni está en condiciones de verificar la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores, está vulnerando el principio de igualdad de trato, puesto que dicho criterio no garantiza la transparencia y objetividad del procedimiento de adjudicación.” (FJ 51)

Por tanto, el Tribunal entendió que la falta de mecanismos de control era contrario a los criterios del Derecho comunitario en materia de contratación pública.

En relación con la falta de fijación de un período de suministro determinado respecto al cual hubiera que indicar la cantidad que podría suministrarse, el Tribunal también hizo referencia al principio de igualdad de trato entre los posibles licitadores, así como el de transparencia. En virtud de dichos principios:

“[...] los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación, con el fin de que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma.” (FJ 57)

En consecuencia:

“[...] el hecho de que la entidad adjudicadora no especificase en la licitación el período de suministro respecto al cual los licitadores debían indicar en sus ofertas la cantidad de electricidad de fuentes renovables que podían suministrar podría constituir una violación de los principios de igualdad de trato y de transparencia, en el caso de que resultara ser cierto que dicha omisión dificultó o incluso imposibilitó el que los licitadores conociesen el alcance exacto del criterio en cuestión y consiguientemente pudiesen interpretarlo de la misma manera.” (FJ 58)

Sin embargo, el Tribunal entendió que la verificación de dicho extremo correspondía al órgano jurisdiccional nacional.

A continuación, en relación con los criterios de adjudicación para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, el Tribunal advirtió de la necesidad de que dichos criterios de adjudicación estuvieran relacionados con el objeto del contrato. En este sentido, el Tribunal consideró que:

“[...] no puede considerarse que un criterio de adjudicación que se refiera exclusivamente a la cantidad de electricidad pro-

cedente de fuentes de energía renovables que sobrepase el consumo anual previsible fijado en la licitación esté relacionado con el objeto del contrato.” (FJ 68)

Asimismo, el Tribunal entendía que:

“[...] el hecho de que, conforme al criterio de adjudicación establecido, la cantidad determinante sea la que excede del consumo anual previsible fijado en la licitación, puede constituir una ventaja para los licitadores que, por su mayor capacidad de producción o de suministro, estén en condiciones de suministrar mayores cantidades que otros. Este criterio puede por lo tanto implicar una discriminación injustificada respecto a los licitadores cuya oferta pueda responder plenamente a los requisitos relacionados con el objeto del contrato.” (FJ 69)

En consecuencia, el Tribunal consideró que el criterio previsto no era compatible a la normativa comunitaria, indicando al respecto que:

“[...] en la medida en que exige a los participantes en la licitación que indiquen la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables que podrán suministrar a una clientela indeterminada y atribuye la máxima puntuación al licitador que indique la mayor cantidad, teniendo en cuenta que sólo se valora la parte de ésta que exceda del consumo previsible en el marco de la licitación, el criterio de adjudicación elegido en el caso de autos no es compatible con la normativa comunitaria en materia de contratación pública.” (FJ 71)

Por ello el Tribunal respondió que:

“[...] la normativa comunitaria en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables al que se atribuye un coeficiente de ponderación del 45%, careciendo de relevancia a este respecto el hecho de que dicho criterio no permita necesariamente alcanzar el objetivo que se persigue.”

Segunda y tercera cuestión

En relación con dichas cuestiones, el Tribunal advirtió del alcance de la necesidad de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional, advirtiendo que:

“[...] el Tribunal de Justicia se abstiene de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma comunitaria, solicitadas por el órgano jurisdiccional nacional, no tienen relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas [...]” (FJ 76)

Asimismo, el Tribunal advirtió que:

“[...] para que el Tribunal de Justicia pueda cumplir su misión con arreglo al Tratado de la CE, es indispensable que los órganos jurisdiccionales nacionales expliquen las razones por las que consideran necesaria una respuesta a sus cuestiones para resolver el litigio, cuando dichas razones no se desprendan inequívocamente de los autos.” (FJ 78)

Sin embargo, el Tribunal advirtió al respecto que no disponía de ningún elemento en ese sentido, de modo que:

“[...] ante la falta de elementos que indiquen que para la solución del litigio principal resulta necesario pronunciarse sobre las cuestiones segunda y tercera, éstas deben considerarse hipotéticas y, por consiguiente, debe declararse su inadmisibilidad.” (FJ 83)

Cuarta cuestión

Para determinar de si la entidad adjudicadora estaba obligada a cancelar la licitación si uno de los criterios de adjudicación establecidos era declarado ilegal, el Tribunal apeló nuevamente a los principios de igualdad de trato y transparencia de los procedimientos de adjudicación que “implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento”. (FJ 92)

En consecuencia:

“[...] en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.” (FJ 94)

Por ello, el Tribunal entendió que:

“[...] la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.” (FJ 95)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la interpretación del artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, ver la siguiente sentencia: STJCE de 17 de septiembre de 2002 (Aranzadi 2002/251), Concordia Bus Finland (C-513/1999, Rec. pg. I-7213).

Sobre la elección de la oferta económicamente más ventajosa, ver las siguientes sentencias: STJCE de 20 de septiembre de 1988 (Aranzadi 1989/26); STJCE Beentjes, 31/1987, Rec. pg. 4635, apartados 19 y 26; STJCE de 18 de octubre de 2001 (Aranzadi 2001/284); STJCE SIAC Construction, C-19/2000, Rec. pg. I-7725, apartados 36 y 37, y STJCE Concordia Bus Finland (Aranzadi 2002/251), apartados 59 y 61.

Declarando la conveniencia de utilizar fuentes de energía renovables para la producción de electricidad para la protección del medio ambiente en la medida en que contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, ver la siguiente sentencia: STJCE de 13 de marzo de 2001, Preussen Elektra, C-379/1998 (Aranzadi 2001/102), Rec. pg. I-2099, apartado 73.

Sobre la posibilidad de que una entidad adjudicadora tome en consideración criterios de carácter ecológico para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, ver la siguiente sentencia: STJCE de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland (C-513/1999, Rec. pg. I-7213), (TJCEE 2002/251).

Sobre el margen del que disponen las empresas adjudicadoras para la elección de los criterios de adjudicación del contrato, ver las siguientes sentencias: STJCE de 20 de septiembre de 1988 (Aranzadi 1989/26), Beentjes, 31/1987, Rec. pg. 4635, apartados 19 y 26; STJCE de 18 de octubre de 2001 (Aranzadi 2001/284), SIAC Construction, C-19/2000, Rec. pg. I-7725, apartados 36 y 37, y Concordia Bus Finland (Aranzadi 2002/251), apartados 59 y 61).

Sobre el principio de igualdad de trato, ver las siguientes sentencias: STJCE SIAC Construction (Aranzadi 2001/284), apartado 34; STJCE Universale-Bau y otros (Aranzadi 2002/369), apartados 91 y 92; STJCE Universale-Bau y otros (Aranzadi 2002/369), apartado 93.

Declarando el deber del órgano nacional de apreciar tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar su sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia, ver las siguientes sentencias: STJCE de 15 de diciembre de 1995 (Aranzadi 1995/240); STJCE Bosman, C-415/1993,

Rec. pg. I-4921, apartado 59; STJCE Preussen Elektra (Aranzadi 2001/102), apartado 38; STJCE de 22 de enero de 2002 (Aranzadi 2002/19), Canal Satélite Digital, C-390/1999, Rec. pg. I-607, apartado 18; STJCE de 10 de diciembre de 2002 (Aranzadi 2002/364), Der Weduwe, C-153/2000, Rec. pg. I-11319, apartado 31, STJCE y de 21 de enero de 2003 (Aranzadi 2003/25), Bacardi-Martini y Cellier des Dauphins, C-318/2000, Rec. pg. I-905, apartado 40.

Sobre el alcance del deber del TJCEE de pronunciarse en relación con las cuestiones planteadas por los órganos jurisdic-

cionales nacionales, ver las siguientes sentencias: STJCE Bosman, antes citada, apartado 61; STJCE de 9 de marzo de 2000 (Aranzadi 2000/35), EKW y Wein & Co., C-437/1997, Rec. pg. I-1157, apartado 52; STJCE de 13 de julio de 2000 (Aranzadi 2002/178), Idéal Tourisme, C-36/1999, Rec. pg. I-6049, apartado 20, y STJCE Bacardi-Martini y Cellier des Dauphins (Aranzadi 2002/178), antes citada, apartado 42.

Publicación en una página web de datos relativos a compañeros de trabajo sin poner en conocimiento de ello a los mismos. Tratamiento de datos personales y libre circulación de datos. Principio de proporcionalidad

SUPUESTO DE HECHO

La Sra. L desempeñaba funciones de catequista en una parroquia en Suecia. En su momento, realizó un curso de informática en el que, entre otras cosas, tenía que crear una página web. Al cabo de un tiempo ésta creó en su domicilio y con su ordenador personal varias páginas web, con la finalidad de que los feligreses de la parroquia que se preparaban para la confirmación pudieran obtener fácilmente la información que necesitaran.

Dichas páginas contenían información sobre la Sra. L y sus compañeros de parroquia, con inclusión de su nombre y apellidos o, en alguna ocasión, únicamente de su nombre de pila. Asimismo, la Sra. L describía en un tono “ligeramente humorístico” las funciones que éstos realizaban y sus aficiones.

La Sra. L no había informado a sus compañeros de la realización de la página mencionada ni les había solicitado su consentimiento ni había solicitado el consentimiento al Datainspektion (organismo público para la protección de datos transmitidos por vía informática).

Tras la realización de las páginas, a petición suya, el administrador del sitio internet de la Iglesia de Suecia creó un enlace entre las páginas mencionadas y dicho sitio.

Las páginas web mencionadas fueron suprimidas por la Sra. L en cuanto tuvo conocimiento de que algunos de sus compañeros no apreciaban las mismas.

El Ministerio Fiscal inició un proceso penal contra dicha señora por infracción de la Ley sueca de datos personales (PUL). En concreto, por haber tratado datos personales de modo automatizado sin haberlo comunicado previamente por escrito a la Datainspektion, haber tratado sin autorización datos personales delicados, como los relativos a la lesión en un pie y a la baja parcial por enfermedad y haber transferido datos de carácter personal a países terceros sin autorización.

Por dichos hechos, la Sra. L fue condenada al pago de una multa. Ante ello, la Sra. L recurrió la resolución en apelación. El órgano jurisdiccional correspondiente, al tener dudas sobre la interpretación del Derecho comunitario aplicable al caso, en concreto en relación con la Directiva 95/46, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas las siguientes cuestiones:

“1) ¿Constituye una conducta comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva [95/46] la designación de una persona —con su nombre o con su nombre y número de teléfono— en una página web de internet? ¿Constituye un tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales el hecho de que en una página web de internet realizada personalmente se relacione a una serie de personas junto con datos y afirmaciones relativas a su situación laboral y a sus aficiones?

“2) En caso de respuesta negativa a la cuestión anterior, ¿constituye un tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero, contemplado en el artículo 3, apartado 1, de la directiva, la conduc-

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Pleno. Asunto C-101/01

Cuestión prejudicial

FECHA: 4 de diciembre de 2003

PONENTE: Sr. David Alexander O’Flynn

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 (LCEur 1995, 2977), 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

DOCTRINA: Publicación en una página web de datos relativos a compañeros de trabajo sin poner en conocimiento de ello a los mismos. Tratamiento de datos personales y libre circulación de datos. Principio de proporcionalidad (FJ 25, 26, 27, 38, 44, 45, 47, 66, 79, 86, 87, 89, 90, 95, 96, 98 y 99)

ta consistente en publicar en un sitio internet diversas páginas web referidas específicamente a una quincena de personas, con enlaces entre dichas páginas que hacen posible la búsqueda por nombre de pila?

“En caso de respuesta afirmativa a alguna de estas cuestiones, el *hövrrätt* formula, además, las siguientes cuestiones:

“3) ¿Debe considerarse excluida del ámbito de aplicación de la Directiva [95/46] por estar comprendida en alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 3, apartado 2, la conducta consistente en divulgar datos de esta naturaleza acerca de los compañeros de trabajo en una página web privada, siendo los datos accesibles a todos aquellos que conozcan la dirección de dicha página?

“4) ¿Constituye un dato relativo a la salud que, con arreglo al artículo 8, apartado 1, no puede ser objeto de tratamiento la divulgación en una página web de la circunstancia de que un compañero de trabajo, designado por su nombre, se ha lesionado el pie y está en situación de baja parcial?

“5) Según la Directiva [95/46], la transferencia de datos personales a países terceros está prohibida en determinados casos. ¿Constituye una transferencia a países terceros en el sentido contemplado en la Directiva [95/46] el hecho de que una persona divulgue datos personales en una página web que está almacenada en un servidor en Suecia, de modo que los datos personales resultan accesibles a nacionales de países terceros? ¿Sigue siendo idéntica la respuesta si, por lo que se sabe, ningún nacional de un país tercero ha accedido efectivamente a dichos datos o si el servidor en cuestión se encuentra físicamente situado en un país tercero?

"6) ¿Puede considerarse en un caso como el presente que las disposiciones de la Directiva [95/46] implican una restricción contraria al principio general de libertad de expresión, o a otras libertades y derechos vigentes en la Unión Europea y que tienen su equivalente, entre otros, en el artículo 10 del convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales?

"7) ¿Puede un Estado miembro, en una situación como la expuesta en las anteriores cuestiones, otorgar una protección más amplia a los datos personales o extender el ámbito de aplicación de la Directiva [95/46], aunque no se dé ninguna de las circunstancias enunciadas en el artículo 13?"

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Primera cuestión

Para dar respuesta a la primera cuestión, el Tribunal analizó qué se tenía que entender por "tratamiento parcial o totalmente automatizado de datos personales".

Acerca de los "datos personales" el Tribunal advirtió que la expresión "toda información sobre una persona física identificada o identificable" prevista por el artículo 2, letra a), de la Directiva incluía "[...] el nombre de una persona junto a su número de teléfono o a otra información relativa a sus condiciones de trabajo o a sus aficiones". (FJ 24)

Por su parte, el Tribunal también entendió que el hecho de hacer constar los datos personales en una página web encajaba dentro del concepto "tratamiento", puesto que en virtud de la definición del artículo 2, letra b), como tal había que entender "cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales" y que dicho precepto enumeraba varios ejemplos de operaciones entre las que se hallaba la "[...] comunicación por transmisión, la difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los datos", había que entenderse. (FJ 25)

Finalmente, el Tribunal también consideró que dicho tratamiento estaba total o parcialmente automatizado, indicando al respecto que:

"[...] difundir información en una página web implica, de acuerdo con los procedimientos técnicos e informáticos que se aplican actualmente, publicar dicha página en un servidor, así como realizar las operaciones necesarias para que resulte accesible a las personas que están conectadas a internet. Estas operaciones se efectúan, al menos en parte, de manera automatizada." (FJ 26)

Por lo expuesto, el Tribunal llegó a la conclusión de que, efectivamente, "[...] hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones, constituye un 'tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales' en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46 [...]". (FJ 27)

Segunda cuestión

Al haberse respondido afirmativamente a la primera cuestión implicaba que no fuera preciso pronunciarse en relación con la segunda cuestión.

Tercera cuestión

A continuación, el Tribunal entró a valorar si el tratamiento de datos personales descrito podía encajarse dentro de las excepciones previstas por el artículo 3, apartado 2 de la directiva, llegando a la conclusión de que no encajaba en ninguno de los dos.

En cuanto a la primera excepción, el Tribunal recordó que se refería al "[...] tratamiento de datos personales efectuado en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de apli-

cación del Derecho comunitario, [...] y, en cualquier caso, al tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado (incluido el bienestar económico del Estado cuando dicho tratamiento esté relacionado con la seguridad del Estado) y las actividades del Estado en materia penal". (FJ 38)

Al respecto, el Tribunal advirtió que éste ya había declarado, en relación con la Directiva 95/46, que "[...] el recurso a dicha base jurídica no presupone la existencia de un vínculo efectivo con la libre circulación entre estados miembros en cada una de las situaciones contempladas por el acto que se funda en tal base". Por ello, el Tribunal entendía que:

"En este contexto, no resulta apropiado dar a la expresión 'actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario' un alcance tal que resulte necesario comprobar caso por caso si la actividad concreta afecta directamente a la libre circulación entre los estados miembros." (FJ 42)

Dicho lo anterior, el Tribunal hizo referencia a las actividades que se citaban en el primer guión de dicho precepto, advirtiendo que "[...] tienen por objeto delimitar el alcance de la excepción que se establece en dicha disposición, de modo que sólo se aplique a aquellas actividades que se mencionan expresamente o que pueden incluirse en la misma categoría". (FJ 44)

En este sentido, el Tribunal advirtió que "[...] las actividades voluntarias o religiosas como las que realiza la señora [L] no pueden equipararse a las actividades citadas en el primer guión del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 95/46 y, por tanto, no están comprendidas en dicha excepción". (FJ 45)

Por su parte, en cuanto a la segunda excepción, el Tribunal entendió que debía interpretarse en el sentido de que "contempla únicamente las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares", lo que el Tribunal consideró que no era el caso enjuiciado, por cuanto en ese caso se trataba del "tratamiento de datos personales consistente en la difusión de dichos datos por Internet de modo que resulten accesibles a un grupo indeterminado de personas". (FJ 47)

Cuarta cuestión

Acerca de si había que considerarse que el hecho de que alguien se hubiera lesionado un pie y estuviera en situación de baja parcial constituía un dato personal relativo a la salud de las personas, el Tribunal advirtió que la misma directiva exigía una interpretación amplia de la expresión "datos relativos a la salud", "de modo que comprenda la información relativa a todos los aspectos, tanto físicos como psíquicos, de la salud de una persona". En consecuencia, el Tribunal consideró que efectivamente tenía que considerarse que se trataba de un dato relativo a la salud.

Quinta cuestión

Ante la pregunta de si había que considerar que la divulgación de datos personales en una página web de un servidor en Suecia, de modo que dichos datos resultaran accesibles a los nacionales de países terceros, constituía una transferencia a países terceros en el sentido de la directiva, el Tribunal advirtió que la web de la Sra. L no contenía mecanismos técnicos que permitieran el envío automático de la información a personas que no hubieran buscado deliberadamente acceder a dichas páginas, de modo que para que los datos que llegasen al ordenador de una persona de un país tercero, era necesaria la ayuda de la infraestructura informática del proveedor de servicios de alojamiento de páginas web en la que estuviera almacenada la página. Siendo ello así, el Tribunal analizó si las actividades desarrolladas por la Sra. L encajaban en el concepto de "transferencia a un país tercero de datos" en el sentido del artículo 25 de la directiva. Al respecto, recordó que dicho artículo

"[...] impone a los estados la obligación de velar por el carácter adecuado del nivel de protección de los datos personales en un país tercero únicamente en caso de que se produzca una transferencia". (FJ 66)

Sin, embargo, como señaló el Tribunal, dicho precepto no contiene ninguna mención relativa al uso de internet, por lo que el Tribunal advirtió que:

"Teniendo en cuenta, por un lado, el estado de desarrollo de internet en el momento de la elaboración de la Directiva 95/46 y, por otro, la inexistencia, en su capítulo IV, de criterios aplicables al uso de internet, no cabe presumir que el legislador comunitario tuviera la intención, en su momento, de incluir en el concepto de 'transferencia a un país tercero de datos' la difusión de datos en una página web por parte de una persona que se encuentre en la misma situación que la señora [L], ni siquiera cuando dichos datos estén al alcance de personas de países terceros que disponen de los medios técnicos para poder acceder a ellos." (FJ 69)

En consecuencia, el Tribunal entendió que cabía llegar a la conclusión de que el artículo 25 de la Directiva 95/46 se debía interpretar en el sentido de que operaciones como las efectuadas por la señora L no constituían, por sí mismas, una "transferencia a un país tercero de datos".

Sexta cuestión

Para responder a la sexta cuestión, el Tribunal advirtió que de la Directiva 95/46 se desprendía que "[...] las diferencias entre los regímenes nacionales aplicables al tratamiento de datos personales pueden afectar seriamente al establecimiento y al funcionamiento del mercado interior. Según el tercer considerando de la misma directiva, la armonización de dichos regímenes nacionales ha de tener por objetivo no sólo la libre circulación de tales datos entre los estados miembros, sino también la tutela de los derechos fundamentales de las personas [...]". (FJ 79)

Aunque advirtió que "estos objetivos pueden entrar en conflicto". (FJ 79)

Dicho lo anterior, en relación con los derechos fundamentales, el Tribunal advirtió que:

"[...] los derechos fundamentales revisten una importancia especial, tal y como lo demuestra el asunto principal, en el que resulta necesario, en esencia, ponderar, por una parte, la libertad de expresión de la señora [L] en el marco de su trabajo como catequista, así como la libertad de ejercer actividades que contribuyen a la vida religiosa y, por otra parte, la tutela de la intimidad de las personas cuyos datos incluyó la señora [L] en su sitio internet." (FJ 86)

En relación con la interpretación que de dichos derechos, el Tribunal hizo referencia al principio de proporcionalidad, advirtiendo que:

"[...] corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con la Directiva 95/46, sino también procurar que la interpretación de ésta que tomen como base no entre en conflicto con los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico comunitario o con los otros principios generales del Derecho comunitario como el principio de proporcionalidad." (FJ 87)

A propósito del principio de proporcionalidad, el Tribunal advirtió que:

"Si bien es cierto que la tutela de la intimidad requiere aplicar sanciones eficaces a las personas que efectúen tratamientos de datos personales sin atenerse a lo dispuesto en la Directiva 95/46, tales sanciones deben respetar en todo caso el principio de proporcionalidad [...]" (FJ 88), en cuya virtud "[...] incumbe al órgano jurisdiccional remitente tomar en consideración todas las circunstancias del asunto del que conoce, en particular, la

duración de la infracción de las normas que desarrollan la Directiva 95/46, así como la importancia, para los afectados, de la tutela de los datos difundidos". (FJ 89)

En consecuencia, el Tribunal entendió que en relación con la tercera cuestión había que responder que por sí mismas, las restricciones de la directiva no entrañaban "una restricción contraria al principio general de la libertad de expresión o a otros derechos y libertades vigentes en la Unión Europea", correspondiendo "a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar la normativa nacional que adapta el Derecho interno a la Directiva 95/46 garantizar el justo equilibrio entre los derechos e intereses en juego, incluidos los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico comunitario". (FJ 90)

Séptima cuestión

Acerca de si los estados miembros podían establecer una protección más rigurosa de los datos personales o un ámbito de aplicación más amplio, el Tribunal advirtió que:

"La Directiva 95/46 tiene por objeto, tal y como se desprende, en particular, de su octavo considerando, equiparar el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas por lo que se refiere al tratamiento de datos personales en todos los estados miembros. Su décimo considerando añade que la aproximación de las legislaciones nacionales en la materia no debe conducir a una disminución de la protección que garantizan sino que, por el contrario, debe tener por objeto asegurar un alto nivel de protección dentro de la Comunidad." (FJ 95)

En consecuencia:

"[...] la armonización de dichas legislaciones nacionales no se limita a una armonización mínima, sino que constituye, en principio, una armonización completa. Desde este punto de vista, la Directiva 95/46 trata de asegurar la libre circulación de datos personales, garantizando al mismo tiempo un alto nivel de protección de los derechos e intereses de las personas titulares de dichos datos." (FJ 96)

Asimismo, éste advirtió que:

"[...] nada impide que un Estado miembro extienda el alcance de la normativa nacional que adapta el Derecho interno a la directiva a situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta última, siempre que ninguna otra norma de Derecho comunitario se oponga a ello." (FJ 98)

En consecuencia, el Tribunal concluyó lo siguiente:

"[...] las medidas adoptadas por los estados miembros para garantizar la protección de los datos personales deben atenerse tanto a las disposiciones de la Directiva 95/46 como a su objetivo, que consiste en mantener el equilibrio entre la libre circulación de datos personales y la tutela del derecho a la intimidad. En cambio, nada impide que un Estado miembro extienda el alcance de la normativa nacional que adapta el Derecho interno a la Directiva 95/46 a situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta última, siempre que ninguna otra norma de Derecho comunitario se oponga a ello." (FJ 99)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la Directiva 95/46/CE, ver la siguiente sentencia: STJCE de 20 de mayo de 2003 (Aranzadi 2003/148) Österreichischer Rundfunk y otros, asuntos acumulados C-465/2000, C-138/2001 y C-139/2001.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Criterios de adjudicación de contratos públicos de obras

SUPUESTO DE HECHO

El órgano correspondiente del gobierno austriaco publicó a escala comunitaria una licitación sobre un contrato de obras públicas para la remodelación de un tramo de carretera. En relación con el revestimiento de la carretera, la licitación especificaba en la rúbrica "Proyecto Oficial", sin que se tratara expresamente de una exigencia mínima, que procedía realizar un revestimiento de hormigón de calidad superior.

En la licitación se indicaba que estaban autorizadas ofertas alternativas, si bien no se establecían especificaciones técnicas expresas en relación con las exigencias mínimas de dichas ofertas, especificándose únicamente que se admitirían si iban acompañadas de una lista completa de prestaciones con arreglo a la licitación (oferta principal).

La licitación no establecía criterios de adjudicación para apreciar la calidad económica y técnica de las ofertas, ni en relación con las ofertas alternativas que debieran garantizar la realización de prestaciones equivalentes al proyecto oficial. Tampoco se explicaba el significado de la expresión "realización de prestación equivalente".

La empresa T presentó una oferta alternativa, que resultó ser la menos cara de las presentadas, si bien la menos cara de las que se ajustaban a la licitación era la de I. A diferencia de lo previsto en el "Proyecto Oficial", la empresa T preveía un revestimiento de asfalto con materiales bituminosos.

Ante ello, el órgano correspondiente elaboró un informe de control técnico en relación con la calidad técnica de dicha oferta. De dicho informe se indicaba que la experiencia técnica adquirida hasta la fecha con revestimiento de hormigón demostraba que al cabo de un tiempo de su ejecución aparecían desperfectos en el piso de la carretera que exigían la realización de obras de reparación adicionales. Siendo ello así, dicho informe se inclinaba por la remodelación general de la carretera con hormigón, de conformidad con la licitación oficial.

Finalmente la entidad adjudicadora acordó proponer la adjudicación del contrato a la empresa I.

Ante ello, T solicitó al órgano jurisdiccional correspondiente que se declarara nula y sin valor ni efecto alguno la decisión de la entidad adjudicadora por la que se rechazaba su oferta alternativa.

Dicha petición fue desestimada por entender el órgano competente que la "oferta alternativa" presentada por T difería de las prescripciones de la licitación por no tratarse de una oferta alternativa que pudiera admitirse y que, en cualquier caso, debía ser rechazada.

T interpuso recurso contra dicha resolución, siendo estimada por el órgano correspondiente, que anuló la resolución anterior por considerar que vulneraba el principio de igualdad ante la ley. Asimismo, éste consideraba que la resolución recurrida no había indicado los motivos por los que se consideraba que no había una "oferta alternativa".

Según el Derecho austriaco, procedía que el órgano correspondiente se pronunciara nuevamente sobre la petición de T, si bien en ese caso ya no procedía declarar la nulidad de la resolución impugnada de la entidad adjudicadora, al haber sido ya adjudicado. Por ello, a dicho órgano únicamente le correspondía determinar si la decisión de la entidad adjudicadora de excluir la valoración de la oferta alternativa había sido legal. Para resolver sobre dicha cuestión, el órgano correspondiente decidió suspender el procedimiento y plantear al tribunal las siguientes cuestiones:

"1) La oferta alternativa de un licitador consistente en proponer realizar, en lugar de un revestimiento de la calzada con hor-

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Sexta. Asunto C-421/01. Cuestión prejudicial

FECHA: 16 de octubre de 2003

PONENTE: Sr. V. Skouris

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 19 y 30, apartados 1 y 2, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras

DOCTRINA: Criterios de adjudicación de contratos públicos de obras (FJ 27, 28, 31, 32, 34 y 39)

migón, como figura en la licitación, un revestimiento de asfalto, ¿constituye una variante en el sentido del artículo 19, párrafo primero, de la Directiva 93/37/CEE?

"2) El criterio establecido por la normativa nacional para la admisibilidad de una variante, en el sentido del artículo 19, párrafo primero, de la Directiva 93/37/CEE, según el cual la oferta alternativa garantiza la realización de una prestación cualitativamente equivalente, ¿puede considerarse legalmente un requisito mínimo exigido y mencionado por la entidad adjudicadora, con arreglo al artículo 19, párrafos primero y segundo, de la Directiva 93/37/CEE, cuando el pliego de condiciones únicamente se remite a la disposición nacional, sin precisar con arreglo a qué parámetros de comparación concretos se apreciará la equivalencia?

"3) ¿El artículo 30, apartados 1 y 2, de la Directiva 93/37/CEE, en relación con los principios de transparencia y de igualdad de trato, prohíbe a la entidad adjudicadora supeditar la aceptación de una oferta alternativa, que por presentar una calidad técnica diferente se distingue de una oferta ajustada a la licitación, a una valoración favorable con arreglo a un criterio establecido en las normas nacionales, según el cual la oferta alternativa garantiza la realización de una prestación cualitativamente equivalente, cuando el pliego de condiciones únicamente se remite a este respecto a la disposición nacional, sin precisar con arreglo a qué parámetros de comparación concretos debe valorarse la equivalencia?

"4) a) En caso de respuesta afirmativa a la tercera cuestión, ¿una entidad adjudicadora puede concluir un procedimiento de licitación como el descrito en la tercera cuestión, mediante la adjudicación del contrato?

"b) En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones tercera y cuarta, letra a), ¿una entidad adjudicadora que tramita un procedimiento de licitación como el descrito en la tercera cuestión debe rechazar en todo caso las variantes propuestas por algunos licitadores, sin examinar el fondo, cuando no ha establecido ningún criterio de adjudicación para valorar las diferencias técnicas de la variante con respecto a la licitación?

"5) En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones tercera y cuarta, letra a), y de respuesta negativa a la cuestión cuarta, letra b), ¿una entidad adjudicadora que tramita un procedimiento de licitación como el aludido en la tercera cuestión debe aceptar una variante cuyas diferencias técnicas con respecto a la licitación no puede valorar con arreglo a criterios de adjudicación por faltar en la licitación las correspondientes especificaciones, cuando esa variante constituye la oferta menos cara y no se ha establecido, por lo demás, ningún criterio de adjudicación?"

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA**Primera cuestión**

En relación con la primera cuestión, el Tribunal advirtió que carecía de competencia para responder sobre la misma. Indicando que el órgano jurisdiccional “[...] no pretende que el Tribunal de Justicia interprete el artículo 19 de la directiva para poder apreciar posteriormente si la oferta presentada por Traunfellner constituye una variante con arreglo a dicha disposición, sino que insta al Tribunal de Justicia para que efectúe él mismo tal apreciación”, función que quedaba al margen de su competencia.

Segunda cuestión

Respondiendo a la segunda cuestión, el Tribunal señaló que:

“[...] del propio tenor del artículo 19, párrafo segundo, de la directiva, se desprende que cuando una entidad adjudicadora no ha excluido la presentación de variantes, está obligada a mencionar en el pliego de condiciones los requisitos mínimos que éstas deben cumplir.” (FJ 27)

En consecuencia, “[...] la remisión que el pliego de condiciones efectúa a una norma de la legislación nacional no puede cumplir la obligación prevista en el artículo 19, párrafo segundo, de la directiva”. (FJ 28)

Lo indicado llevaba al Tribunal a responder que se debía efectuar una interpretación del artículo 19 de la directiva en el sentido que no se cumplía la normativa relativa a la mención de los requisitos mínimos exigidos por una entidad adjudicadora para tomar en consideración las variantes.

Tercera cuestión

En relación con la tercera cuestión, el Tribunal advirtió que:

“[...] el artículo 19 alude a los requisitos con los que las entidades adjudicadoras pueden tomar en consideración las variantes, mientras que el artículo 30, al enumerar los criterios de adjudicación permitidos, hace referencia a una fase posterior del procedimiento de formalización de contratos públicos. Por lo tanto, el artículo 30 sólo puede aplicarse a las variantes que

hayan sido tomadas en consideración válidamente de conformidad con el artículo 19.” (FJ 31)

Dicho esto, el Tribunal advirtió que, según se desprendía de lo indicado con respecto la segunda cuestión, “[...] la toma en consideración de las variantes, con arreglo al artículo 19 de la directiva, se supedita a que en el pliego de condiciones figuren los requisitos mínimos que deben cumplir estas variantes y que una mera remisión del pliego de condiciones a una disposición de la normativa nacional no basta para cumplir esta exigencia”. (FJ 32)

De ahí se deducía que “[...] si la entidad adjudicadora no ha observado las exigencias establecidas en el artículo 19 de la directiva, en cuanto a la indicación de los requisitos mínimos, no puede tomarse en consideración una variante, aun cuando no se haya declarado la inadmisibilidad de las variantes en el anuncio de licitación, como establece el segundo párrafo del citado artículo 19”. (FJ 34)

En consecuencia, según el Tribunal, el artículo 30 de la directiva sólo se podía aplicar a las variantes que la entidad adjudicadora hubiese tomado en consideración válidamente, con arreglo al artículo 19 de la directiva.

Cuestiones cuarta y quinta

Sobre dichas cuestiones, el Tribunal entendió que “deben considerarse de carácter hipotético y, por lo tanto, debe declararse su inadmisibilidad”. (FJ 39)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la definición los criterios de atribución de un contrato público de obras a la oferta económicamente más ventajosa, ver las siguientes sentencias: STJCE de 20 de septiembre de 1988 (Aranzadi 1989/26), Beentjes, 31/1987, Rec. pg. 4635, apartado 35, y STJCE de 26 de septiembre de 2000 (Aranzadi 2000/221), Comisión/Francia, C-225/1998, Rec. pg. I-7445, apartado 73.

Exigiendo transparencia en la adjudicación de los contratos públicos regulados por la Directiva, ver la siguiente sentencia: STJCE de 18 de octubre de 2001 (Aranzadi 2001/284), SIAC Construction, C-19/2000, Rec. pg. I-7725, apartados 41 y 42.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Organismos de Derecho público. Criterios de adjudicación de los contratos públicos

SUPUESTO DE HECHO

La Comisión Europea interpuso un recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con objeto de que se declarase que, con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de obras de un centro educativo experimental, la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA, que responde a la definición de entidad adjudicadora según el artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y cuyo montante sobrepasaba el umbral previsto por la directiva, había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del Derecho comunitario, y al no someterse al conjunto de disposiciones de la misma y, más concretamente, a las normas de publicidad previstas por el artículo 11, apartados 2, 6, 7 y 11, y a las disposiciones de los artículos 12, apartado 1, 29, apartado 3, 18, 27 y 30, apartado 4.

La entidad en cuestión era una sociedad mercantil, cuyo objeto era “El desarrollo y ejecución de los programas y actuaciones que contiene o pueda contener en el futuro plan de amortización y creación de centros penitenciarios, aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros [...] en todo lo que concierne a la construcción, edificación de centros y dependencias penitenciarias,

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Sexta. Asunto C-283/00. Cuestión prejudicial

FECHA: 16 de octubre de 2003

PONENTE: Sr. V. Skouris

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 1, letra b), artículo 11, apartados 2, 6, 7 y 11, y artículos 12, apartado 1, 29, apartado 3, 18, 27 y 30, apartado 4, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y artículo 1, apartado 3, de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas

DOCTRINA: Organismos de Derecho público. Criterios de adjudicación de los contratos públicos (FJ 69, 74, 75, 77, 81, 84, 86, 88 y 89)

ya sea por sí o mediante terceros, así como a la amortización o enajenación de los bienes inmuebles y centros que, previa des-

afectación de servicios o fines penitenciarios, le sean aportados de acuerdo con las previsiones del plan, desarrollando, en particular, las siguientes operaciones de acuerdo con las directrices emanadas de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias [...]”.

Las autoridades españolas consideraban que, sin perjuicio de que efectivamente la licitación relativa a la adjudicación del contrato de obras no cumpliera las exigencias de la Directiva 93/37, lo previsto por la misma no era aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos convocados por la sociedad mencionada, por entender que ésta no se podía considerar un organismo de Derecho público y, por tanto, como entidad adjudicadora en el sentido de dicha directiva.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de dicha directiva, condenándolo en costas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho el Tribunal procedió a analizar los requisitos que, conforme a reiterada jurisprudencia, se exigían para que un organismo fuera calificado como “organismo de Derecho público” en el sentido previsto por la directiva, advirtiendo que:

“[...] para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que enuncia la citada disposición, según los cuales debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público [...]” (FJ 69)

En relación con dichos requisitos, había discrepancia entre las partes acerca de si las necesidades de interés general para cuya satisfacción se había creado dicha sociedad anónima carecían de interés mercantil.

Al respecto, el Tribunal recordó que en una ocasión ya se había pronunciado sobre dicha cuestión, respondiendo a las alegaciones de España a propósito de la interpretación del artículo 1, apartado 3, de la Ley 13/1995, en relación con la disposición adicional de dicha ley, negando ya entonces la exclusión de dichas sociedades del ámbito de aplicación personal tanto de la normativa española como la comunitaria en la materia.

Ya en esa ocasión, el Tribunal advirtió que:

“[...] procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en dicha disposición, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de esta directiva.” (FJ 74)

Añadiendo a lo anterior que:

“[...] dicha interpretación, que es la única que puede preservar plenamente el efecto útil de la Directiva 93/37, no implica desconocer el carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que la sociedad de que se trate persigue satisfacer, ya 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, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37.” (FJ 75)

Por su parte, el Tribunal advirtió que a pesar de que, como alegaba España, la mencionada empresa no perteneciera a las categorías de organismos españoles de Derecho público enumerados en el anexo I de la directiva, “[...] dicha lista no tiene en absoluto carácter exhaustivo, variando considerablemente su grado de precisión de un Estado miembro a otro [...]”. (FJ 77)

De ahí se deducía que:

“[...] si un organismo determinado no figura en dicha lista, procede comprobar, en cada caso, la situación jurídica y fáctica del mismo con el fin de analizar si satisface o no una necesidad de interés general.” (FJ 77)

Tras ello, el Tribunal hizo referencia al concepto de “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil” [artículo 1, letra b), de la Directiva], advirtiendo al respecto que:

“[...] 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 [...]” (FJ 81)

Sentado lo anterior, el Tribunal procedió a analizar si las necesidades que la empresa en cuestión pretendía desarrollar tenían carácter industrial o mercantil. Al respecto, el Tribunal advirtió que:

“[...] 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 política 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.” (FJ 84)

En consecuencia, el Tribunal entendía que las necesidades que dicha empresa se encargaba de satisfacer estaban “[...] intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado (FJ 85). [...] Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada [a dicha empresa]”. (FJ 86)

Finalmente, en relación con la alegación del Gobierno español en cuya virtud dicha empresa realizaba sus actividades con ánimo de lucro, el Tribunal advirtió que:

“[...] aun suponiendo que las actividades de [dicha empresa] generen beneficios, queda descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad.” (FJ 88)

Al respecto, añadió que:

“[...] 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 [...] aplica para alcanzar su principal objetivo, que consiste en contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado.” (FJ 89)

Por lo expuesto, el Tribunal consideró que dicha empresa debía ser calificada como organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), de la directiva, y, por tanto, tenía la condición de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de la misma. En consecuencia, el Tribunal consideró que España había incumplido sus obligaciones en virtud de dicha directiva, condenándolo en costas.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los requisitos exigidos para que una empresa sea considerada como organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, ver las siguientes sentencias: STJCEE Mannesmann Anlagenbau

Austria y otros (Aranzadi 1998/3), apartados 20 y 21, y STJCEE de 15 de mayo de 2003 (Aranzadi 2003/138), Comisión/España, C-214/2000, Rec. pg. I-0000, apartado 52.

Analizando si una entidad cumplía o no el requisito contenido en el primer guión del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, ver la siguiente sentencia: STJCEE Comisión/España (Aranzadi 2003/138), apartados 56 y 58.

Negando que la lista contenida en el anexo I de la Directiva 93/37 tenga carácter absoluto, ver la siguiente sentencia: apar-

tado 39 de la Sentencia de 27 de febrero de 2003 (TJCE 2003, 51), Adolf TruLey (C-373/2000, Rec. pg. I-1931).

Sobre el concepto de necesidades de interés general, ver las siguientes sentencias: Adolf TruLey (Aranzadi 2003/51), apartado 50, y STJCEE de 22 de mayo de 2003 (Aranzadi 2003/152) Korhonen y otros, C-18/2001, Rec. pg. I-0000, apartado 47.

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

Tribunal Supremo. Donación de bienes municipales a la Administración General del Estado para la construcción de viviendas para militares. Derecho de reversión por incumplimiento de condición modal. Aplicación de normas de Derecho privado y, con carácter subsidiario, del Derecho administrativo al negocio jurídico de cesión de terrenos

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Requena donó al Ministerio de Defensa una finca a fin de solucionar el problema de vivienda que sufrían los suboficiales de un regimiento de infantería. Al cabo de un tiempo, dicho Ayuntamiento solicitó la reversión de una finca por el incumplimiento de la condición a la que en su momento se sometió la correspondiente donación. El Ministerio de Defensa desestimó la petición, tras lo cual se interpuso el correspondiente recurso ordinario. Siendo éste desestimado, el mencionado Ayuntamiento interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso.

Contra dicha resolución, el Tribunal interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Entre otros motivos, el recurrente consideraba que, en contra de lo sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la donación que se había efectuado no era una donación condicional, sino una donación modal, y en ese caso no había una condición imposible, sino que se había incumplido el modo o finalidad interpuesto, cual era la dedicación de la finca a la finalidad para la que se donó. Según el recurrente, ello conllevaba la reversión a favor del Ayuntamiento, en virtud de lo dispuesto por el artículo 647 del CC.

El Tribunal Supremo estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal estimó todos los motivos de casación.

En cuanto al primer motivo, estuvo de acuerdo con el recurrente en que se estaba ante una donación modal, recordando al respecto que anteriormente éste ya había declarado que:

“La cesión gratuita de terrenos o bienes municipales de naturaleza patrimonial sujeta al cumplimiento por el ente adquirente de una finalidad de interés para el municipio ha sido calificada por esta Sala en ocasiones como donación modal [...]” (FJ 3)

Al respecto, el Tribunal advirtió que la jurisprudencia había admitido “el carácter administrativo del contrato y la sujeción de su régimen, a falta de normas específicamente aplicables, al Derecho privado”. (FJ 3)

En cuanto al incumplimiento de la condición modal, el Tribunal advirtió que:

“[...] en el caso de incumplimiento de la finalidad a la que se sujeta la cesión del bien, procede la rescisión del contrato a instancia de la corporación cedente, bien por aplicación del artículo 647 del Código civil [...], bien por entender que al producirse la desafectación de los bienes en su día cedidos desapareció

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 5920/1999

FECHA: 22 de julio de 2003

PONENTE: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos

DEMANDANTE: Ayuntamiento de Plasencia

DEMANDADO: Administración General del Estado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 647 del CC; artículo 97.2 del Real decreto de 27 de mayo de 1955, y artículo 111 del Real decreto de 13 de junio de 1986, de aprobación del Reglamento de bienes de las corporaciones locales

DOCTRINA: Donación de bienes municipales a la Administración General del Estado para la construcción de viviendas para militares. Derecho de reversión por incumplimiento de condición modal.

Aplicación de normas de Derecho privado y, con carácter subsidiario, del Derecho administrativo al negocio jurídico de cesión de terrenos (FJ 3, 4, 7 y 9)

la causa que justificó la razón de ser del negocio jurídico y, por ende, su eficacia por desaparición de la causa del negocio, es decir, de la razón justificativa de su eficacia jurídica (Sentencia de 12 de junio de 2001, Recurso 322/1997), bien por aplicación del artículo 111 (antiguo artículo 97.2) del Reglamento de bienes de las corporaciones locales [...]” (FJ 3)

En el caso enjuiciado, el Tribunal entendió que el hecho de que a partir de cierto momento dejara de estar destinada a militares suponía un “[...] incumplimiento sobrevenido que debía dar lugar a la rescisión de la cesión o a la reversión del terreno [...]”. (FJ 4)

Al respecto, éste advirtió que:

“En la medida en que la cesión es susceptible de ser considerada como una donación modal, y en que el artículo 647 del Código civil recoge la facultad de rescindir la donación por incumplimiento de las obligaciones impuestas al donatario, debe considerarse infringido este precepto por la sala de instancia [...]” (FJ 4)

También en relación con la procedencia de la reversión en ese supuesto, el tribunal analizó si era de aplicación de lo dis-

puesto por el artículo 97.2 del Real decreto de 27 de mayo de 1955 y el artículo 111 del Real decreto de 13 de junio de 1986, por los que se aprobaba el Reglamento de bienes de las corporaciones locales, el Tribunal entendió que efectivamente dichos preceptos eran de aplicación, por cuanto:

“[...] la jurisprudencia de esta sala considera aplicables los artículos citados [...] a casos como el presente. El negocio jurídico de cesión de terrenos tiene naturaleza administrativa y, por ende, la aplicación al mismo con carácter subsidiario de las normas de Derecho privado no es obstáculo a la aplicación de las normas de Derecho administrativo que específicamente se refieran a él. En este caso, dicha subordinación resulta intensificada por el hecho de que en la escritura de aceptación de la donación se hizo referencia específica a la subordinación de la finalidad de la donación a las disposiciones de régimen local.” (FJ 7)

En virtud de lo dispuesto por dicho precepto, había que entender que el destino de los bienes debía mantenerse durante treinta años y, en caso de no cumplirse la condición, procedía a la reversión.

Finalmente, ante la posibilidad de que una eventual adquisición mediante usucapión impidiera la reversión, el Tribunal advirtió que:

“La fijación reglamentaria de un plazo temporal de treinta años durante el que debe mantenerse el fin de la cesión impide apreciar durante este plazo la usucapión como forma de invalidar la condición *ex lege* [...]” (FJ 9)

Por lo expuesto, el Tribunal estimó el recurso de casación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el concepto de donación modal, ver la siguiente sentencia: STS de 11 de marzo de 1988 (Aranzadi 1988/1960).

Calificando como donación modal la cesión gratuita de terrenos o bienes municipales de naturaleza patrimonial sujeta al cumplimiento por el ente adquirente de una finalidad de interés para el municipio, ver la siguiente sentencia: STS de 28 de abril de 1993 (Aranzadi 1993/2777).

Declarando el carácter administrativo de la cesión gratuita de bienes de carácter patrimonial, ver la siguiente sentencia: STS de 31 de octubre de 1988 (Aranzadi 1988/8338).

Sobre las consecuencias del incumplimiento de la finalidad a la que se sujeta la cesión del bien, ver las siguientes sentencias: STS de 12 de junio de 2001 (Aranzadi 322/1997); STS de 23 de noviembre de 1992 (Aranzadi 1992/9210); STS de 28 de abril de 1993 (Aranzadi 1993/2777), y STS de 26 de junio de 2003 (Aranzadi 2003/4416).

Tribunal Supremo. Actualización de precios de los contratos públicos. Cláusulas de actualización de los precios del contrato

SUPUESTO DE HECHO

Una empresa interpuso recurso contencioso-administrativo contra la actualización de precios de un contrato de servicios de asistencia técnica para la realización de diversas operaciones de conservación de una carretera efectuada por la Administración, por estar en contra del modo en que la Administración había aplicado la cláusula de actualización. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional desestimó dicho recurso por entender que el criterio usado era acertado. Contra dicha resolución, el recurrente interpuso recurso de casación para la unificación de la doctrina por entender que la misma estaba en contradicción con la STAN de 24 de octubre de 2000.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso, con imposición de costas al recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho el Tribunal procedió a analizar si entre ambas resoluciones concurrían los requisitos exigidos por el artículo 96.1 de la LJ. Al respecto, advirtió que ambos procesos eran equivalentes y las respectivas cláusulas de actualización de los precios de los contratos eran iguales. En cuanto a la doctrina de ambas sentencias, el Tribunal procedió a analizar cuál de las dos se ajustaba a derecho.

Al respecto, recordó que la sentencia impugnada disponía que:

“[...] la actualización de precios del contrato se debe verificar aplicando sobre el importe a actualizar, que es una cantidad fija, el IPC correspondiente a cada año que comprende la actualización. El importe de la cantidad a actualizar no varía en cada año que va transcurriendo y sobre dicho importe se aplica el IPC de la anualidad de que se trate.” (FJ 4)

Sin embargo, la sentencia de contraste disponía que:

“[...] la actualización debe verificarse aplicando sobre el importe a actualizar el IPC correspondiente al primer año; sobre la cantidad que resulta de esta primera actualización debe aplicarse el IPC correspondiente al segundo año; sobre la cantidad

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 276/2002

FECHA: 22 de julio de 2003

PONENTE: Excmo. Sr. Nicolás Maurandi Guillén

DEMANDANTE: Particular

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 96.1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ)

DOCTRINA: Actualización de precios de los contratos públicos. Cláusulas de actualización de los precios del contrato (FJ 4 y 5)

así actualizada, que resulta de las operaciones antes expresadas, debe aplicarse el IPC correspondiente al tercer año; y así sucesivamente.” (FJ 5)

Por su parte, el Tribunal advirtió que el mismo órgano ya se había pronunciado en el sentido de la resolución anteriormente indicada, señalando que “[...] la actualización se hará aplicando al presupuesto de ejecución material el aumento del coste de la vida [...]”. (FJ 4)

A continuación, el Tribunal recordó que la cláusula aplicada por la Administración establecía que “cada año se efectuará una actualización de precios que consistirá en aplicar al presupuesto de ejecución material el aumento del índice del coste de vida”, lo mismo que preveía el contrato, si bien en este caso no se señalaba que “que el IPC o aumento del índice del coste de vida deba girarse sobre una cantidad que es el resultado de haber aplicado anteriormente sobre el presupuesto de ejecución material, o importe que debe ser actualizado, el IPC correspondiente a años anteriores, en los supuestos en que la actualización comprende varios períodos anuales”. (FJ 5)

Por lo expuesto, el Tribunal consideró que el criterio que se encontraba ajustado a derecho era el de la sentencia impugnada, que consideraba que no había incurrido en infracción del ordenamiento jurídico al interpretar la cláusula de actualización de precios del contrato. En consecuencia, desestimó el recurso, con imposición de costas al recurrente.

Tribunal Supremo. Impago de cantidades dejadas de percibir por la elaboración de una publicación realizada durante varios años, desconociendo el interés de la Administración para ese curso. Doctrina del enriquecimiento injusto

SUPUESTO DE HECHO

Una editorial había sido adjudicataria de la edición de un suplemento escolar durante varios cursos de forma interrumpida para la Generalidad Valenciana. En un momento dado, la Administración inició la tramitación correspondiente a la contratación, sin comunicar en ningún momento a la que había sido adjudicataria hasta entonces que para dicho curso debía abstenerse de editar el suplemento. Tras ello, la editorial reclamó el pago de más de quince millones de pesetas en concepto de la edición y el suministro de dicho suplemento. Dicha petición fue denegada, así como también el recurso ordinario interpuesto contra la denegación. Ante ello, la editorial interpuso un recurso contencioso-administrativo, que fue denegado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. El Tribunal alegó, entre otros motivos, que no constando la adjudicación ni la suscripción del contrato, la Administración no venía obligada al pago reclamado, por no existir la relación contractual necesaria para el nacimiento de dicha obligación. Contra la indicada sentencia, la editorial interpuso un recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se relacionaban varias sentencias de contraste que el recurrente consideraba que eran expresivas de pronunciamientos contradictorios sobre la misma cuestión en relación con la doctrina del enriquecimiento injusto, que consideraba que debería haberse aplicado, y solicitaba la anulación de la sentencia recurrida, así como del acto administrativo de la Generalidad Valenciana.

El Tribunal Supremo estimó en parte el recurso, anulando la actuación administrativa impugnada por no ser conforme a derecho, y condenando a la Generalidad Valenciana al abono al recurrente de la cantidad indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó el contenido de las sentencias de contraste a las que se refería el recurrente, acerca de la doctrina del enriquecimiento injusto. En relación con el ámbito de dicha doctrina, de dichas sentencias se desprendería lo siguiente:

“El ámbito propio de la doctrina del enriquecimiento injusto [...] son las actuaciones realizadas por un particular en beneficio de un interés general cuya atención corresponde a una administración pública, y su núcleo esencial está representado por el propósito de evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial en perjuicio de ese particular.” (FJ 3)

Por su parte, éstas también exigían que:

“[...] el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración.” (FJ 3)

El Tribunal entendió que en el caso enjuiciado se podían apreciar dichos elementos, por cuanto “[había] una prestación reali-

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la interpretación de las cláusulas contractuales, ver las siguientes sentencias: invocada como sentencia de contraste: STAN de 24 de octubre de 2000 (Aranzadi 2001/104044); en sentido contrario: STAN de 7 de febrero de 2001 (Aranzadi 2001/104694).

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 254/2002

FECHA: 18 de julio de 2003

PONENTE: Excmo. Sr. Nicolás Maurandi Guillén

DEMANDANTE: Editorial

DEMANDADO: Consejería de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalidad Valenciana

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 11.2, 54, 55 y 56 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas

DOCTRINA: Impago de cantidades dejadas de percibir por la elaboración de una publicación realizada durante varios años, desconociendo el interés de la Administración para ese curso. Doctrina del enriquecimiento injusto (FJ 3)

zada por la sociedad recurrente en interés de la Administración recurrida que, al no haber sido retribuida, significó para la primera un empobrecimiento o sacrificio económico carente de justificación”.

Siendo ello así, procedió a analizar si se podía observar en la conducta del recurrente una voluntad maliciosa, indicando al respecto que:

“[...] no procedió de manera maliciosa y estuvo animada por la razonable creencia de que tenía el deber de colaborar con la Administración y se le retribuiría su actividad de la misma manera como se había hecho con anterioridad.” (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal consideró que la resolución impugnada había cometido una infracción, al no haber aplicado la doctrina del enriquecimiento injusto en relación con la pretensión principal, lo que le llevó a estimar parcialmente el recurso, anulando la sentencia recurrida y estimando el recurso contencioso-administrativo.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la doctrina del enriquecimiento injusto, ver las siguientes sentencias, invocadas por el recurrente como sentencias de contraste: STS de 12 de junio de 1984 (Aranzadi 1984/3463); STS de 21 de marzo de 1991 (Aranzadi 1991/2522) y (Aranzadi 1991/2013), y STSJ de Extremadura de 20 de enero de 1997 (Aranzadi 1997/221).

Tribunal Supremo. Convenio de colaboración y asistencia técnica entre administraciones locales y sociedades gestoras de servicios públicos

SUPUESTO DE HECHO

En febrero de 2004, el presidente del Consejo Comarcal del Barcelonès y el vicepresidente ejecutivo de la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona, por el presidente de la Entidad Metropolitana del Transporte, por el presidente de la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y Tratamiento de Residuos y de otra parte, la gerente de la Sociedad Urbanística Metropolitana de Rehabilitación y Gestión (REGESA) y el consejero delegado de la Sociedad Municipal de Aparcamientos y Servicios, el consejero delegado de Transportes de Barcelona, del Ferrocarril Metropolitano de Barcelona, el presidente del Patronato Municipal de la Vivienda, el consejero delegado de la Sociedad Barcelona Regional, Agencia Metropolitana de Desarrollo Urbanístico e Infraestructuras, S.A., suscribieron un convenio de colaboración y asistencia técnica cuyo objeto era el establecimiento de “un marco de referencia entre las partes para colaborar en el análisis y desenvolvimiento de estudios y proyectos técnicos para la planificación, proyección y construcción de infraestructuras supramunicipales en el territorio metropolitano, con fundamento en la aplicación del principio de coordinación y asistencia activa entre diferentes administraciones prevista en la ley, para la mejor consecución del interés público”.

Contra dicho convenio, la Generalidad de Cataluña interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Contra dicha resolución, la Entidad Barcelona Regional Agencia Metropolitana de Desarrollo Urbanístico e Infraestructuras, S.A., la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y del Tratamiento de Residuos de Barcelona, la Entidad Metropolitana del Transporte de Barcelona, la Comarca del Barcelonès y la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona interpusieron un recurso de casación.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, casando y dejando sin efecto la sentencia del Tribunal Superior de Cataluña y desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Generalidad de Cataluña.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó en primer lugar la naturaleza y el alcance del convenio objeto de impugnación. En relación con el objeto del mismo, éste señaló que:

“[...] En el caso examinado, el objeto del convenio de cooperación que se examina no es propio de un contrato de obra, gestión de servicios o de suministros, contratos típicos regulados en la Ley de contratos del Estado y entiende la Sala que no tiene encaje estricto en el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, frente a la calificación jurídica de la sentencia recurrida, al considerarlo como un contrato de asistencia que celebra la Administración del Estado o sus organismos autónomos con empresas consultoras o de servicios, puesto que la amplitud con que figura redactado el objeto del convenio de cooperación y asistencia técnica y el análisis del resto de su articulado, permite constatar que no puede configurarse como objeto típico de un contrato de asistencia o de servicios, excediendo de las prestaciones características de estos contratos, al no existir obstáculo para la celebración de un convenio de cooperación de los previstos en el apartado séptimo del artículo segundo de la Ley de contratos del Estado y no olvidemos que la referencia a la Ley de 18 de mayo de 1995 es inaplicable, porque el convenio es suscrito el 24 de febrero de 1994.” (FJ 1)

Al respecto, el Tribunal entendió lo siguiente:

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 9304/1997

FECHA: 4 de julio de 2003

PONENTE: Excmo. Sr. Juan José González Rivas

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 4, 6, 10, 55 y 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL); artículo 4.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC); artículos 3, 4, 6 y 10 de la Carta Europea de la Autonomía Local, y artículos 101 y 103 del Real decreto legislativo de 18 de abril de 1986 (Texto refundido de las disposiciones legales en materia de régimen local)

DOCTRINA: Tribunal Supremo. Convenio de colaboración y asistencia técnica entre administraciones locales y sociedades gestoras de servicios públicos (FJ 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9 y 10)

“[...] no es un convenio de cooperación estricto ni es tampoco un contrato de asistencia técnica, sino que se trata de un negocio bilateral formalizado entre las administraciones locales, de una parte y de otra, por sociedades gestoras de determinados servicios que tienen atribuidos por las administraciones que las han creado y que son entidades pertenecientes a su propia organización, para ejercer sus competencias o prestar los servicios de manera conjunta, formando una sociedad común de gestión en la que participan todos ellos como accionistas.” (FJ 2)

En todo caso, el Tribunal advirtió que “[...] no es contrario al interés público por respetar el ordenamiento jurídico y ajustarse a los principios de buena administración, poniendo de manifiesto la referida jurisprudencia la naturaleza de la acción concertada, que nace de la libre determinación de las partes, es vinculante para ellos, conforme al principio general del derecho *pacta sunt servanda* y con un objeto de fomentar la realización de actividades privadas, en parte de naturaleza económica, para fines de interés público y en el que de manera esencial es de aplicación el último párrafo del artículo segundo de la Ley de contratos del Estado, en la redacción de 1973.” (FJ 3)

A continuación, el Tribunal entró en el análisis de los distintos motivos de casación.

En primer lugar, los recurrentes alegaban la infracción de los artículos 4, 6, 10, 55 y 57 de la LBRL, en el artículo 4.4 de la LRJPAC, de los artículos 3, 4, 6 y 10 de la Carta Europea de la Autonomía Local, y varias las sentencias del Tribunal Supremo. El Tribunal entendió que dichos preceptos se podían entender vulnerados.

Al respecto, en primer lugar el Tribunal advirtió lo siguiente:

“En el caso examinado, la naturaleza jurídica de la relación que se establece es una relación para la gestión, con un acuerdo de cooperación de determinados aspectos comunes a los servicios públicos, investigación, asistencia, proyectos y estudios mediante fórmula de coordinación o cooperación con empresas creadas en común por agentes públicos, por lo que desde este punto de vista, se incardina el alcance y contenido

del convenio dentro del ámbito de la potestad organizativa de las entidades locales y de sus formas de cooperación y asistencia, descalificando claramente el planteamiento de la sentencia impugnada y estimando la vulneración de los preceptos citados.” (FJ 6)

En relación con los preceptos indicados, éste declaró lo siguiente:

“[...] a tenor del artículo cuarto de la Ley 7/1985, corresponde a los municipios la potestad reglamentaria y de organización y dicha previsión es de aplicación en entidades territoriales de ámbito inferior al municipal, en las comarcas, en las áreas metropolitanas y en las demás entidades locales, lo que sucede en la cuestión debatida, en que también se vulnera el artículo sexto de la Ley 7/1985, que propugna que los entes locales sirven con objetividad a los intereses públicos y actúan de conformidad con los principios de eficacia, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y el artículo 10, por cuanto que las administraciones locales ajustarán sus relaciones recíprocas a los deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a los ámbitos competenciales respectivos, correspondiendo la coordinación de las competencias cuando las actividades o los servicios trascienden al interés propio de las correspondientes entidades, incidan o condicionen las de dichas administraciones o sean concurrentes o complementarias de ellas.

“Por otra parte, también ha sido vulnerado el capítulo segundo de la Ley de bases de régimen local en relación con el carácter de las relaciones interadministrativas, puesto que el artículo 55 proyecta la efectividad de la coordinación y la eficacia administrativa de las entidades locales, prestando en su ámbito propio la cooperación y existencia activa que las administraciones pudieran precisar para el eficaz cumplimiento de sus tareas, sin olvidar que el artículo 57, igualmente infringido, implica que la cooperación económica, técnica y administrativa entre la entidad local y las comunidades autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrolla bajo las fórmulas y términos previstos en las leyes, dando lugar todo ello a consorcios o convenios administrativos que suscriban, como es el caso que aquí hemos analizado, pues el artículo 57 de la LRBRL se refiere precisamente a los consorcios y convenios administrativos como instrumentos de cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las administraciones del Estado y de las comunidades autónomas.” (FJ 6)

Dicho esto, en relación con los convenios como el estudiado, el Tribunal señaló que:

“Estos convenios tienen la misma significación en el ámbito de las relaciones administrativas entre entidades locales, y a ellos resulta aplicable el principio de que, en ningún caso, pueden suponer alteración o renuncia de las propias competencias legalmente atribuidas, límite, por cierto, que recoge el artículo 8 de la Ley 30/1992, cuyas previsiones para los convenios de colaboración (Gobierno de la Nación y órganos de las comunidades autónomas) contenidas, especialmente, en este precepto y en el artículo 6, sirven para integrar como derecho supletorio, el régimen de los convenios de colaboración de las entidades locales y la potestad de coordinación de las competencias de las entidades locales, lo que resulta contemplado en la ley, con carácter general, cuando las actividades o los servicios locales trasciendan el interés propio de las correspondientes entidades, incidan o condicionen relevantemente los de otras administraciones o sean concurrentes o complementarios, sin que tales funciones de coordinación puedan afectar, en ningún caso, a la autonomía de las entidades locales [...]” (FJ 7)

En relación con la potestad de coordinación, el Tribunal aclaró que:

“Desde esta perspectiva, la potestad de coordinación no delimita las competencias legalmente atribuidas, sino que es un modo de desenvolvimiento de éstas, sin que suponga una redistribución competencial con una limitación o condicionamiento de los poderes legalmente atribuidos a las administraciones coordinadas y existe una concepción material que atribuye al órgano de coordinación una cierta posición de superioridad respecto de los entes coordinados, que permite orientar su comportamiento de forma decisoria a través de directrices de criterios de actuación obligatorios.” (FJ 7)

Finalmente, en cuanto a los límites que podían establecerse a dichos convenios, el Tribunal declaró lo siguiente:

“[...] estamos ante un convenio de cooperación interadministrativa de carácter económico, técnico o administrativo entre entidades locales, incluso en términos amplios, sin otros límites que los derivados del interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración [...]. Pero no cabe, mediante la técnica del convenio, la transferencia de competencias de las entidades locales que resultan indisponibles.” (FJ 7)

En relación con la vulneración la Carta Europea de la Autonomía Local, el Tribunal declaró lo siguiente:

“[...] resulta vulnerada la garantía institucional de la autonomía local entendida como derecho y capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes (artículo 3 de la Carta Europea de la Autonomía Local), lo que constituye una garantía institucional según la doctrina que inicia el Tribunal Constitucional [...]. Ello supone, por una parte, la atribución de una esfera de intereses propios y de competencias para su gestión, y, por otra, el reconocimiento de una capacidad de autogestión y de una capacidad para representar y gobernar los intereses de las comunidades que constituyen las entidades locales, impidiendo la existencia de determinados controles de otras administraciones públicas.

Por su parte, los recurrentes alegaban entre otros preceptos, la infracción del artículo 85 de la LRBRL, referentes a la gestión de los servicios públicos.” (FJ 8)

Al respecto, el Tribunal indicó que dicho precepto “[...] reconoce que dichos servicios públicos locales pueden gestionarse en forma directa o indirecta y en este sentido, el artículo 85.3.d) prevé que una sociedad mercantil cuyo capital pertenezca a la entidad local podrá gestionar directamente dicha forma de los servicios públicos, pues de acuerdo con la expresada idea de autonomía administrativa local, y sobre la base de un concepto flexible de los servicios públicos en el ámbito local, debe señalarse la existencia de un principio de libre elección del modo de gestión de aquéllos deducible del artículo 85.2 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, con la restricción que supone la reserva a la gestión directa de los servicios que impliquen ejercicio de autoridad.” (FJ 9)

De ahí, el Tribunal entendía que se desprendería que:

“[...] para ‘la gestión conjunta de medios instrumentales de los servicios’ de las entidades locales caben las diversas fórmulas asociativas que ofrece la legislación de régimen local.” (FJ 9)

Por su parte, se invocaba la infracción de los artículos 101 y 103 del Real decreto legislativo de 18 de abril de 1986 (Texto refundido de las disposiciones legales en materia de régimen local). El Tribunal estuvo de acuerdo con ello por cuanto:

“[...] en la medida en que el Real decreto 781/1986 reconoce en el artículo 101 que cuando la gestión directa de dicho servicio se realice mediante una organización especializada, habrá de constituirse un consejo de administración presidido por un miembro de la corporación y en los casos en que el servicio se gestione directamente en forma de empresa privada, habrá de

adaptarse en los términos del artículo 103 a una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, actuando conforme a las disposiciones legales mercantiles al constar el capital que debe ser aportado íntegramente por la entidad local, regulándose la forma de constituir el Consejo de Administración y la determinación de quienes tengan derecho a emitir el voto.” (FJ 9)

Con respecto al ejercicio de actividades económicas por parte del sector público, el Tribunal advirtió que:

“[...] se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de los dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta y las empresas públicas que actúen en el mercado, se han de someter a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de toda índole que afecten a las privadas y a sus mismos riesgos, sin poder gozar de privilegios de ningún tipo, [...] no pudiendo tampoco estas empresas de capital público prevalecerse de ninguna forma de posición dominante ni subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (artículo 86 del mismo tratado) y no pueden estas empresas privadas de capital público recibir ayudas ni subvenciones de fondos públicos de ninguna clase.” (FJ 10)

Siendo ello así, en el caso examinado el Tribunal señaló lo siguiente:

“[...] si bien la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable en el momento de su creación, y que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que se trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia

que rigen el mercado, aspectos que resultan vulnerados en la cuestión examinada si partimos, como equivocadamente señala la sentencia recurrida, de que estamos ante un contrato de asistencia técnica.” (FJ 10)

Por los motivos indicados, entre otros, el Tribunal declaró haber lugar al recurso de casación, en los términos expuestos en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la colaboración entre servicios municipales, ver las siguientes sentencias: STS 17 de noviembre de 1983 (Aranzadi 1983/5799); STS de 12 de diciembre de 1983 (Aranzadi 1983/6223); STS de 18 de marzo de 1985 (Aranzadi 1985/2828); STS de 2 de julio de 1994 (Aranzadi 1994/6673), y STS de 13 de octubre de 1999 (Aranzadi 1999/9030).

Sobre la naturaleza de los convenios de colaboración, ver la siguiente sentencia: STS de 18 de febrero de 2004 (Aranzadi 2004/1740).

Sobre la potestad de coordinación de las competencias de las entidades locales, ver las siguientes sentencias: STC 32/1983, de 28 de abril (Aranzadi 1983/32) y STC 42/1983, de 20 de mayo (Aranzadi 1983/42); STC 27/1987, de 27 de febrero (Aranzadi 1987/27); STC 214/1989, de 21 de diciembre (Aranzadi 1989/214). Declarando que la coordinación, como ha dicho reiteradamente el Tribunal Constitucional, implica un límite efectivo al ejercicio de las competencias: STC 32/1983, de 28 de abril (FJ 2); STC 80/1985, de 4 de julio (Aranzadi 1985/80) (FJ 2), y STC 27/1987, de 27 de febrero (Aranzadi 1987/27) (FJ 5).

Sobre el principio de autonomía local ver las siguientes sentencias: STC 32/1981, de 28 de julio (Aranzadi 1981, 32); STC 38/1983, de 16 de mayo (Aranzadi 1983/38); STC 27/1987, de 27 de febrero (Aranzadi 1987/27); STC 76/1988, de 26 de abril (Aranzadi 1988/76), y STC 213/1988, de 11 de noviembre (Aranzadi 1988/213).

Tribunal Supremo. Revisión de los actos administrativos. Discrecionalidad

SUPUESTO DE HECHO

La Consejería de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña acordó la modificación de un plan general de ordenación para el emplazamiento de una estación depuradora de aguas residuales (EDAR), consistente en calificar de sistema general de infraestructuras, servicios generales y áreas de protección ciertos terrenos clasificados de suelo no urbanizable, calificados de suelo agrícola, no sujeta a especial protección. Contra esta resolución, un particular y la mercantil C interpusieron un recurso ordinario, que fue desestimado, lo que dio lugar a la interposición de un recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Contra dicha resolución, la Generalidad interpuso recurso de casación.

El Tribunal Supremo desestimó dicho recurso, con imposición de costas al recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Entre otros motivos, el recurrente invocaba la vulneración de los artículos 1 y 41 de la LJ, alegando que la Administración podía revisar la legalidad de los actos administrativos, pero no su oportunidad. Dicho planteamiento fue rechazado por el Tribunal, que advirtió en relación con el alcance de la revisión jurisdiccional que:

“[...] todo acto discrecional, y también la denominada discrecionalidad técnica, es susceptible de revisión jurisdiccional en cuanto a los elementos reglados que contiene [...]. También lo

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta.
Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 1071/2000
FECHA: 25 de julio de 2003
PONENTE: Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Consejería de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 1 y 41 de la LJ
DOCTRINA: Revisión de los actos administrativos. Discrecionalidad (FJ 3 y 4)

es, en cuanto a los elementos estrictamente discrecionales en cuanto a la concurrencia de los hechos determinantes de la decisión, o, si la decisión adoptada es arbitraria, o vulnera los principios generales del derecho. Es verdad que este control no está exento de dificultades prácticas, pero no ha de confundirse la dificultad de control con la inexistencia del mismo [...]” (FJ 3)

Siendo ello así:

"[...] Cuando en autos aparecen datos suficientes que acreditan que los hechos determinantes de la decisión han sido errónea o parcialmente considerados la anulación se impone, cualquiera que sea el tipo de acto discrecional de que se trate. Del mismo modo, si en autos se acredita que la decisión es arbitraria o vulneradora de los principios generales del Derecho, la anulación es inexorable [...]" (FJ 3)

Entrando en lo dispuesto por la resolución impugnada, el Tribunal señaló, entre otros aspectos, que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se había limitado a señalar la omisión de una alternativa importante ("la instalación de dos depuradoras, una para cada municipio"), advirtiendo que no se había efectuado "una evaluación incorrecta de una alternativa sino de su omisión pura y simple".

Tribunal Supremo. Derecho de audiencia de asociaciones de consumidores y usuarios en la aprobación de ordenanzas municipales

SUPUESTO DE HECHO

Una asociación de consumidores interpuso un recurso contencioso-administrativo contra el Reglamento regulador del servicio municipal de abastecimiento de agua, saneamiento y depuración de Oviedo, solicitando la nulidad de pleno derecho del mismo por haberse aprobado sin dar cumplimiento al trámite de audiencia a las asociaciones de consumidores exigido por los artículos 51 y 105 de la CE, así como de los artículos 20 y siguientes de la Ley 26/1984, de defensa de los consumidores y usuarios, al incumplir los requisitos previstos en el Real decreto 825/1990, de 22 de junio, y en el artículo 86.4 de la LRJPAC. Dicho recurso fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, por entender que ninguno de los preceptos invocados por el recurrente podía dar lugar a la nulidad de la norma impugnada. Ante ello, la asociación mencionada interpuso recurso de casación, invocando la vulneración de las disposiciones indicadas y solicitando la nulidad de la norma impugnada, recurso que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente invocaba en primer lugar la vulneración de los artículos 51 y 105 de la CE, al no habersele dado audiencia. Al respecto, el Tribunal advirtió que el derecho de audiencia era un derecho de configuración legal, "cuya aplicación debe realizarse de acuerdo con las leyes que resulten aplicables a la materia correspondiente". (FJ 3)

En relación con los derechos de configuración legal, el Tribunal advirtió que:

"La sujeción de los poderes públicos al principio invocado únicamente puede justificar la invocación directa del mismo ante los tribunales cuando se trata de hacer valer el respeto a su núcleo esencial indisponible para el legislador ordinario." (FJ 3)

A continuación, en referencia a la normativa relativa a la participación de consumidores y usuarios, el Tribunal advirtió que:

"Las leyes ordinarias regulan la participación de los consumidores y usuarios y establecen diversas formas de intervención de los interesados en la elaboración de las disposiciones generales que puedan afectarlos. En consecuencia, el artículo 51.2 de la Constitución ha de ser contemplado como norma que debe inspirar la aplicación e interpretación de aquellos preceptos legales, pero no cabe estimar producida una infracción del precepto constitucional con abstracción de la correcta o incorrecta aplicación de éstos, pues el derecho de participación surge *ex lege* (a partir de la ley)." (FJ 3)

Ello llevó al Tribunal entendió que:

"Si todo esto es así, y de los autos resulta, la discrecionalidad, de cualquier tipo que sea, no puede amparar estudios insuficientes, que omiten soluciones alternativas que es importante contemplar, ni decisiones previamente adoptadas que sólo de modo aparente comportan alternativas posibles." (FJ 4)

Por ello, el Tribunal concluyó que "nada tiene que ver con lo resuelto en el litigio la discrecionalidad técnica y las sentencias de esta Sala que se citan en el motivo". (FJ 4)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso de casación, con imposición de costas al recurrente.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 5327/1999
FECHA: 15 de julio de 2003
PONENTE: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
DEMANDANTE: Asociación de consumidores
DEMANDADO: Ayuntamiento de Oviedo
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 51 y 105 de la CE; artículos 2.1.e) y 20 y siguientes de la Ley 26/1984, de defensa de los consumidores y usuarios, y artículo 130.4 de la Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958 (LPA)
DOCTRINA: Derecho de audiencia de asociaciones de consumidores y usuarios en la aprobación de ordenanzas municipales (FJ 3, 7, 8 y 10)

En cuanto al artículo 105 de la CE, el Tribunal advirtió que:

"[...] el constituyente ha previsto formas de participación en ámbitos concretos, algunas de las cuales se convierten en verdaderos derechos subjetivos, no *ex constitutione* (a partir de la Constitución), sino como consecuencia del posterior desarrollo por parte del legislador; como es el caso, entre otros, del artículo 105, según el cual la ley regulará la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas (apartado a), y la garantía de la audiencia de los interesados en el procedimiento de producción de actos administrativos (apartado c)."

Sentado lo anterior, en relación con la interpretación hecha por la sentencia impugnada, en ambos casos el Tribunal llegó a la misma conclusión, declarando lo siguiente:

"La sentencia *a quo* no infringe esta interpretación cuando afirma que la Constitución se limita a establecer la defensa y protección de usuarios y consumidores; pero esta protección, en lo que se refiere a la participación en la elaboración de las ordenanzas municipales que puedan afectarlos, debe articularse mediante la información pública que regula la Ley de bases de régimen local al regular el procedimiento para su aprobación." (FJ 3)

En consecuencia, entendió que debían desestimarse los motivos de casación primero y segundo.

Como tercer motivo de casación, el Tribunal invocaba la vulneración del artículo 2.1.e) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, que

establece un derecho de participación de los consumidores o usuarios en la elaboración de las disposiciones generales que les afectara directamente a través de ciertas entidades. Al respecto, el Tribunal advirtió que ello “[...] comporta, en su contenido mínimo, ofrecer la oportunidad a las entidades representativas de formular alegaciones u observaciones antes de la aprobación de la disposición general sobre su contenido y procedimiento de elaboración [...]”, aunque advirtiendo que “la ley no establece un procedimiento concreto mediante el cual se haya de canalizar dicha participación”. (FJ 7)

Analizando lo dispuesto por la resolución impugnada, el Tribunal advirtió lo siguiente:

“En el caso examinado la sentencia de instancia sienta que se ha seguido en la aprobación de la ordenanza discutida el trámite de información pública y audiencia de los interesados para presentación de alegaciones y reclamaciones que prevé el artículo 49 de la Ley reguladora de las bases del régimen local. Dicho trámite, en cuanto comporta la posibilidad de que todos los interesados presenten alegaciones al proyecto, satisface suficientemente el derecho de participación de las organizaciones afectadas. No puede entenderse, en consecuencia, que el precepto que se cita como vulnerado imponga que dicho trámite necesariamente haya de evacuarse mediante una comunicación o notificación personal a las asociaciones u organizaciones afectadas en relación con los intereses de los consumidores y usuarios, puesto que el carácter convocatorio y público de la información, el plazo que se concede para la presentación de escritos y el trámite de examen y aprobación de las reclamaciones y sugerencias en el Pleno del ayuntamiento que prevé la Ley de bases es suficiente para que pueda entenderse colmado el derecho de participación.” (FJ 7)

Sentado lo anterior, el Tribunal consideró que:

“La sentencia *a quo* no infringe esta interpretación cuando afirma que la Ley de consumidores y usuarios no comporta la nulidad de pleno derecho de la ordenanza impugnada, puesto que determina los supuestos en que deben ser oídas las asociaciones de consumidores en la elaboración de disposiciones, pero esta audiencia debe ser evacuada con arreglo al trámite previsto en la Ley de bases de régimen local para la aprobación de las ordenanzas municipales.” (FJ 7)

El recurrente alegaba asimismo que la falta de la preceptiva audiencia a las organizaciones de usuarios concernidas por el reglamento de aguas suponía una vulneración del artículo 2.2 de la Ley 26/1984, que fija un derecho de protección de los derechos de los consumidores. Al respecto, el Tribunal advirtió que el mismo “no puede estimarse vulnerado por el hecho de que su participación en la elaboración de una disposición municipal que puede afectarlos haya sido articulada mediante un trámite convocatorio y general de información pública. Como ha quedado expuesto, dicho trámite es suficiente para hacer posible la presentación de observaciones o sugerencias y para garantizar su examen y resolución por el órgano competente para la aprobación de la ordenanza”. (FJ 8)

También en este caso el Tribunal consideró que la sentencia impugnada no había vulnerado la interpretación señalada, indicando que:

“La sentencia *a quo* no infringe esta interpretación cuando afirma que la Ley de consumidores y usuarios no comporta la nulidad de pleno derecho de la ordenanza impugnada, puesto que determina los supuestos en que deben ser oídas las asociaciones de consumidores en la elaboración de disposiciones, pero esta audiencia debe ser evacuada con arreglo al trámite previsto en la Ley de bases de régimen local para la aprobación de las ordenanzas municipales.” (FJ 8)

Finalmente, el recurrente consideraba que la omisión del trámite de audiencia también vulneraba del artículo 130.4 de la LPA. Al respecto, el Tribunal hizo referencia a la jurisprudencia interpretativa de dicho precepto, advirtiendo que:

“[...] Los artículos 130.4 y 130.5 de la Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958 (no derogados por la Ley 30/1992 de 26 noviembre), no son de directa aplicación al procedimiento de elaboración de ordenanzas municipales, al resultar el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, una norma específica de procedimiento que desarrolla el artículo 105.a) de la Constitución en el ámbito local. El citado artículo 49 dispone que la aprobación de las ordenanzas locales se ajustará a un procedimiento en el que, tras la aprobación inicial del Pleno, se abre un trámite de ‘información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de 30 días para la presentación de reclamaciones y sugerencias’, concluyendo con el acuerdo de aprobación definitiva por el Pleno, tras la resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo que para ello se haya concedido y –artículo 70.2 de la Ley 7/1985– su inserción en el boletín oficial de la provincia.” (FJ 10)

Por ello, el Tribunal entendió que:

“La sentencia *a quo* no infringe esta interpretación cuando rechaza declarar la nulidad de pleno derecho de la ordenanza impugnada afirmando que la Ley de régimen jurídico de las administraciones contempla el trámite de audiencia de las organizaciones y asociaciones reconocidas conforme a lo establecido en las leyes y que es la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, la que configura en su artículo 49 el procedimiento que debe seguirse para la aprobación de las ordenanzas municipales. En él se prevé un trámite de información pública y audiencia de los interesados para la presentación de alegaciones y reclamaciones, para, una vez resueltas, proceder a la aprobación definitiva por el Pleno.” (FJ 10)

Por lo expuesto, el Tribunal declaró no haber lugar al recurso de casación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre derecho de audiencia de las organizaciones de consumidores y usuarios, ver las siguientes sentencias: STC 15/1989 (Aranzadi 1989/15), y STC 119/1995 (Aranzadi 1995/119).

En relación con el artículo 130.4 de la LPA, ver las siguientes sentencias: STS de 14 de junio de 1994 (Aranzadi 1994/4597), y STS de 17 de diciembre de 1986 (Aranzadi 1987/1148).

Tribunal Supremo. Cómputo del plazo para la tramitación de expedientes tras un intento de notificación por correo certificado

SUPUESTO DE HECHO

Un particular fue sancionado por la comisión de una infracción del artículo 141.i) de la Ley 16/1987, de 30 de julio, ordenadora del transporte terrestre. Dicha resolución fue confirmada en alzada. Frente a la misma, el particular sancionado interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado. La sentencia se basaba en apreciar la caducidad del procedimiento sancionador, al considerar que la notificación de la resolución sancionatoria se efectuó una vez finalizado el plazo de seis meses legalmente previsto para la culminación del expediente sancionatorio.

Frente a dicha resolución, la Administración demandada interpuso recurso de casación en interés de ley ante el Tribunal Supremo, solicitando la a su juicio correcta interpretación del artículo 58.4 de la LRJPAC. Éste consideraba que “a efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento una resolución dictada por la Administración en el ejercicio de potestades sancionadoras o susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, la fecha que ha de tomarse en cuenta es aquella en que se produce la devolución del envío remitido por correo certificado para efectuar la notificación personal que resulta infructuosa, y no la de publicación del correspondiente anuncio en el boletín oficial. Termina suplicando que se dicte sentencia por la que se estime el recurso y se fije la doctrina legal en los términos pretendidos por dicha Administración”.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la cuestión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó si, como había apreciado la sentencia recurrida, se debía considerar que el plazo para la culminación del proceso sancionatorio había transcurrido, lo que daría lugar a la caducidad del mismo. El juzgado consideraba que el *dies a quo* partía del día en que se había formalizado la denuncia, finalizando éste transcurridos seis meses desde entonces. Sin embargo, la notificación edictal en el BOG había tenido lugar tres días después, por lo que éste consideraba que se había producido la caducidad.

La cuestión estaba, por tanto en determinar el *dies ad quem*, lo que exigía un análisis del artículo 58.4 de la LRJPAC. Al respecto, la Administración recurrente consideraba que bastaba para entender que una notificación estaba efectuada dentro de plazo el “intento de notificación debidamente acreditado”, entendiendo que con ello la norma se refería al “intento de notificación en cuanto tal, y no a la notificación propiamente dicha”. (FJ 4)

El Tribunal efectuó la interpretación de dicho precepto, relativo a los requisitos y efectos de las notificaciones que debe cumplir la notificación de un acto para que la misma surta plenos efectos. Al respecto, recordó que su apartado 2 señala los requisitos que debe cumplir la notificación de un acto para que la misma surta plenos efectos. Por su parte, el apartado 4 tenía como objetivo:

“[...] añadir dos supuestos en los que se entiende cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos administrativos, además del supuesto básico de una notificación efectuada con todos los requisitos legales. Tales supuestos son la notificación que, pese a no cumplir con todos los requisitos previstos en el apartado 2 del propio artículo 58, contenga el texto íntegro de la resolución, y el intento de notificación debidamente acreditado.” (FJ 5)

En relación con el intento de notificación, el Tribunal estuvo de acuerdo con el recurrente en que la interpretación efectuada por la sentencia recurrida era errónea, señalando al respecto que:

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación en interés de la ley núm. 128/2002
FECHA: 17 de noviembre de 2003
PONENTE: Excmo. Sr. Eduardo Espín Templado
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Diputación Foral de Guipúzcoa
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 58.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, de 13 de enero
DOCTRINA: Cómputo del plazo para la tramitación de expedientes tras intento de notificación por correo certificado (FJ 4, 5 y 6)

“Cuando el precepto legal habla de ‘intento de notificación’ es evidente que se refiere a una notificación no culminada, so pena de tergiversar el sentido natural de los términos, en contra de lo que prevé el artículo 3.1 del Código civil. Un intento de notificación que, si está debidamente acreditado, será suficiente para entender finalizado el procedimiento administrativo a los efectos de verificar si tal finalización se ha producido en el plazo máximo que la ley atribuya a dicho procedimiento. No puede hacerse equivaler tal expresión a una notificación ya culminada y plenamente eficaz, pues en tal caso el inciso en cuestión sería rigurosamente inútil. Si el inciso tiene un contenido normativo propio (los efectos mencionados del intento de notificación) es sólo y en tanto se considere el intento de notificación como algo distinto de la culminación de cualesquiera modalidad de notificación admitida por la ley. En efecto, es claro y no precisaría ningún inciso legal expreso para decirlo que una notificación culminada y efectuada por cualquiera de los procedimientos previstos por la ley cumple la finalidad señalada, ya que surte todos los efectos legales y, entre ellos, el de determinar el fin del procedimiento.” (FJ 5)

Estudiando el supuesto enjuiciado, el Tribunal advirtió que:

“[...] la Administración trató de notificar la resolución desestimatoria del recurso de alzada que había interpuesto el particular sancionado mediante correo certificado, que es un procedimiento de notificación que cumple con los requisitos señalados en el artículo 59.1 de la LRJPAC y que se encuentra expresamente regulado en el Reglamento de prestación de los servicios postales (Real decreto 1829/1999, de 3 de diciembre), resultando frustrada la notificación por no haber sido recibida por nadie en su domicilio. El servicio de correos procedió entonces, en cumplimiento de lo dispuesto en el citado reglamento, a devolver el envío a la Administración remitente, rellenando debidamente los formularios oficiales previstos para ello, que obran en los autos.” (FJ 5)

Según el Tribunal:

“[...] tal proceder es sin duda un ‘intento de notificación’ en el sentido legal del artículo 58.4 de la ley, y en el momento en que dicho intento estaba finalizado y en la medida en que el mismo consta debidamente acreditado, sin duda alcanzaba la finalidad prevista en el mismo de ser suficiente para entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento en cuestión. Constituía, por consiguiente, el *dies ad quem* que el juzgado debió tener en cuenta para verificar si el procedimiento sancionador iniciado por la Diputación Foral había o no caducado, en vez de tomar en consideración la fecha de notificación edictal.” (FJ 5)

A continuación, el Tribunal recordó los requisitos que se tenían que cumplir para que, de acuerdo con el artículo 58.4 de la LRJPAC el “intento de notificación” surtiera sus efectos. Al respecto, éste recordó que el intento debía estar “debidamente acreditado”. Asimismo, el Tribunal indicó que:

“[...] para fijar el *dies ad quem* en el cómputo del plazo de duración del procedimiento, es preciso determinar también el momento en que puede considerarse cumplido el intento de notificación. Ello dependerá del procedimiento de notificación empleado y, en el supuesto de un intento de notificación por correo certificado, dicho momento será sin duda el de la recepción por la Administración actuante de la devolución del envío por parte de Correos, ya que sólo a partir de ese momento quedará debidamente acreditado ante la Administración que se ha llevado a cabo el infructuoso intento de notificación. Será también el momento a partir del cual se entenderá concluso el procedimiento a los efectos del cómputo de su plazo máximo, aunque la Administración todavía habrá de iniciar los trámites para efectuar una notificación por edictos con plenitud de efectos.”

Finalmente, también era necesario que el intento de notificación se hubiese practicado “con respeto de todas las previsiones legales y reglamentarias”. (FJ 5)

A la vista de lo indicado, el Tribunal llegó a las siguientes conclusiones:

“En cuanto a cómo debe entenderse la expresión ‘intento de notificación debidamente acreditado’ que emplea el referido precepto legal, es claro que con tal expresión la ley se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. Intento tras el cual habrá de procederse en la forma prevista en el apartado 4 del artículo 59 de la citada ley. Así, bastará para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59.1 de la Ley 30/1992, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente.” (FJ 6)

Por su parte, “[...] en relación con la práctica de la notificación

más habitual, la que se efectúa por medio de correo certificado con acuse de recibo, y que hemos debido examinar en el recurso que nos ocupa, ha de señalarse que el mismo queda culminado, a los efectos del artículo 59.4 de la Ley 30/1992, en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío de la notificación, al no haberse logrado practicar la misma por darse las circunstancias previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 59 de la Ley 30/1992 (doble intento infructuoso de entrega o rechazo de la misma por el destinatario o su representante)”. (FJ 6)

Por lo expuesto, el Tribunal entendió que había lugar al recurso de casación, estableciendo que la disposición mencionada debía interpretarse como sigue:

“[...] el inciso intento de notificación debidamente acreditado que emplea el artículo 58.4 de la [LRJPAC], se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. De esta manera, bastará para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne, en aplicación del referido artículo 58.4 de la Ley 30/1992, el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59 de la Ley 30/1992, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, y siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente.

“En relación con la práctica de la notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo, el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío, por no haberse logrado practicar la notificación, siempre que quede constancia de ello en el expediente.”

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre un procedimiento sancionador en materia de transportes, en relación con el inicio del cómputo del plazo para la tramitación y resolución del expediente, ver la siguiente sentencia: STS de 23 de mayo de 2001 (Aranzadi 2001/4287). Sobre un procedimiento sancionador en materia de tráfico, ver la siguiente sentencia: STS de 15 de noviembre de 2000 (Aranzadi 2000/10064).

Tribunal Supremo. Autorización por la Comisión de Precios de la Generalidad de Cataluña de los incrementos de la tarifa complementaria de garantía y suministro del agua potable aprobados por la Entidad Metropolitana de los Servicios Hidráulicos y del Tratamiento de Residuos. Potestad tarifaria de las entidades locales. Principio de autonomía local

SUPUESTO DE HECHO

La Entidad Metropolitana de los Servicios Hidráulicos y del Tratamiento de Residuos (EMSHTR) interpuso un recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de precios de la Generalidad de Cataluña, por el que se había desestimado el recurso de reposición deducido contra un acuerdo anterior de autorizando sólo en parte el acuerdo de EMSHTR de 8 de octubre de 1992, de aprobación y modificación de la tarifa complementaria de garantía y suministro del agua potable para el año 1993. Dicho recurso fue desestimado.

Ante ello, la EMSHTR interpuso recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de Derecho, el Tribunal hizo referencia en primer lugar a la naturaleza de la EMSHTR, una entidad local supramunicipal encargada de las obras y el abastecimiento y prestación de servicios de captación, tratamiento y distribución de agua potable. Por su parte, el Tribunal señaló que para la

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 566/1997

FECHA: 29 de octubre de 2003

PONENTE: Excmo. Sr. Jaime Rouanet Moscardó

DEMANDANTE: Entidad Metropolitana de los Servicios Hidráulicos y del Tratamiento de Residuos (EMSHTR)

DEMANDADO: Comisión de Precios de la Generalidad de Cataluña

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 93.3 de la Ley de procedimiento administrativo de 1958 (LPA)

DOCTRINA: Autorización por la Comisión de Precios de la Generalidad de Cataluña de los incrementos de la tarifa complementaria de garantía y suministro del agua potable aprobados por la Entidad Metropolitana de los Servicios Hidráulicos y del Tratamiento de Residuos. Potestad tarifaria de las entidades locales. Principio de autonomía local (FJ 3, 4 y 5)

financiación de su servicio hidráulico se había previsto mediante la Ordenanza reguladora del precio público la “tarifa complementaria de garantía y suministro”, cuyas cuotas eran incorporadas por las empresas suministradoras del agua en las facturas que giraban a los usuarios, liquidando después el producto recaudado a la EMSHTR.

En cuanto al importe de dicha tarifa, el Tribunal recordó que era modificado periódicamente por el Consejo Metropolitano, si bien, al ser un precio sujeto a autorización por el Real decreto 2695/1977, de 28 de octubre, y la Orden de 26 de febrero de 1993 –sujeción confirmada por el Real decreto ley 7/1996, de 7 de junio–, los incrementos aprobados por la EMSHTR se remitían para su autorización a la Comisión de Precios de la Generalidad, a quien correspondía la política de precios. Dicha autorización es la que dio lugar a la controversia estudiada. Acerca de dicha autorización, en relación con el la potestad tarifaria de las entidades locales, el Tribunal señaló lo siguiente:

“[...] la doctrina de esta Sala ya ha dejado sentado que dicha autorización implica la preexistencia de un derecho, en este caso la potestad tarifaria de las entidades locales, limitado, sin embargo, en su ejercicio, para hacerlo acorde con los objetivos de la política económica patrocinada por el Gobierno estatal o autonómico, y, por ello, la citada autorización comporta las siguientes notas: a) sobre tal potestad tarifaria se superpone o yuxtapone la potestad de ordenación y control de la economía; b) las entidades locales conservan la potestad tarifaria, fundada en la mejor y más eficaz prestación del servicio público y en la consecución del equilibrio económico o de la explotación, pero tales entidades deben respetar la política de precios señalada por el Gobierno o por la comunidad autónoma ejercida a través de las preceptivas autorizaciones, siempre que aquéllas pretendan aumentar las tarifas; c) los acuerdos de las comisiones de precios deben estar fundados sólo en el efecto de aumento de precios que comporta la revisión propuesta, teniendo en cuenta los objetivos de la política económica y, sobre todo, la justificación del incremento de las tarifas debido al aumento del coste de explotación, sin que dicha comisión pueda invadir la competencia tarifaria que corresponde a la entidad local basándose en razones relativas al funcionamiento del servicio; y, d) nunca el acuerdo de revisión de las tarifas puede proceder del concesionario, ni de la propia comunidad autónoma, porque ello significaría, por una parte, el desconocimiento de la relación esencial entre la entidad local concedente y el concesionario y, por otra, la invasión por la comunidad autónoma de la potestad tarifaria de la entidad local.” (FJ 3)

Partiendo de lo indicado, el Tribunal consideró que había que desestimar el recurso de casación, advirtiendo al respecto lo siguiente:

“1. La Comisión de Precios ha ejercido las competencias en materia de intervención de precios traspasadas, por la Administración del Estado a la Generalidad Catalana, en materia de comercio, en virtud del Real decreto 1386/1978, de 23 de junio.

“2. El sistema de precios autorizados para el abastecimiento de agua está vigente (sin haber sido modificado por la Ley 39/1988).

“3. Tal sistema afecta mayoritariamente a los servicios prestados por las administraciones públicas (entre ellas las locales).

“4. La EMSHTR ha reconocido que la tarifa de suministro de agua está sujeta a dicho régimen de precios y que la competencia de tal control corresponde a la Comisión de Precios de la Generalidad (a tenor de lo previsto en el Real decreto 2695/1977, el Decreto catalán 149/1988, la Orden de 8 de septiembre de 1988 y el artículo 251.2 de la Ley catalana 8/1987).

“5. No existe, en el caso de autos, desviación de poder, porque la Generalidad no ha ejercido la potestad tarifaria sino la suya propia de control o autorización de los precios.” (FJ 4)

Sentado lo anterior, el Tribunal fue rechazando los distintos motivos casacionales impugnatorios.

La Administración recurrente consideraba que la sentencia desconocía “la nítida separación entre la potestad tarifaria local y la política de precios”, advirtiendo que “[...] del tenor de los razonamientos contenidos en aquélla se desprende no que la Comisión de Precios se halla facultada para examinar los datos económicos relativos al incremento de los costes del servicio, en los que debe basar su decisión, sino, por el contrario, que el fin de la potestad –estatal o autonómica– sobre la política de precios es el de la contención de la inflación y, por ello, precisamente, que tal finalidad la distingue de la potestad tarifaria de la entidad local”.

Al respecto, el Tribunal señaló lo siguiente:

“La sentencia se ajusta a la regulación normativa del régimen de precios autorizados, porque la competencia en tal materia fue traspasada a la Generalidad por el Real decreto 1386/1978 y fue asumida, posteriormente, por la disposición transitoria sexta 6 del Estatuto de autonomía catalán, y tal competencia es de diferente naturaleza, alcance y ámbito material que las funciones de tutela de las entidades locales (traspasadas, a su vez, por el Real decreto 2687/1980), por lo que la Comisión de Precios ha ejercido, realmente, la concreta competencia en materia de precios autorizados, sin que ello haya implicado una función de tutela sobre la EMSHTR.”

Asimismo, el Tribunal negó que, como alegaba el recurrente, se hubiera incurrido en desviación de poder, por entender que “no ha habido, en la actuación de la Comisión, ninguna intención torcida y desviada del interés público en que consiste el vicio comentado”. (FJ 5)

El recurrente alegaba también la vulneración estatal en materia de hacienda local, en la aprobación de los precios públicos, lo que consideraba que suponía también una vulneración del principio de autonomía local, por cuanto se había producido “una confusión o atracción de la potestad tarifaria local por la potestad política de precios al aceptarse que, en el ejercicio de la política de precios, la Administración autonómica vaya más allá de un control externo dirigido a la contención de la inflación y se adentre *in extenso* en el control interno de los factores que han inducido a la entidad local a incrementar las tarifas del servicio en orden a su autofinanciación”.

Sin embargo, el Tribunal negó que se hubiera producido dicha vulneración, advirtiendo que:

“[...] para poder vigilar los mecanismos de formación de precios de los distintos bienes y servicios es evidente que el órgano competente debe poder analizar los datos económicos de la entidad prestadora o responsable del servicio y de las tarifas fijadas al efecto (lo cual es lógico desde el prisma del control de la inflación).” (FJ 5)

Así, en relación con el caso enjuiciado, el Tribunal advirtió que:

“[...] la Comisión, si bien autorizó un incremento de la tarifa (en la parte que correspondía a la disminución del consumo previsto por la EMSHTR), no lo hizo en la proporción solicitada en consideración a que, como antes se ha destacado, existían gastos no justificados (pues la EMSHTR, en lugar de probar su existencia, se limitó a alegar que la Comisión no puede hacer un análisis *ad intra* –criterio que no ha compartido, acertadamente, la sentencia impugnada–).” (FJ 5)

Finalmente, el recurrente consideraba que la sentencia impugnada debería haber tenido en cuenta lo dispuesto por el artículo 107.2 del Real decreto legislativo 781/1986, que entendía que tenía carácter básico. Sin embargo, el Tribunal también desestimó dicho motivo, advirtiendo al respecto, entre otros motivos, que dicho precepto carecía de carácter básico, por cuanto dicho carácter se infería de lo dispuesto por la “legislación estatal vigente”. Al respecto, el Tribunal advirtió que ello implicaba

“o bien la calificación expresa del precepto como básico o, excepcionalmente, que el mismo posea una estructura, formal y material, de la que pueda inferirse esa condición con naturalidad”. (FJ 5)

Sin embargo, el Tribunal apreció que en el caso estudiado “[...] la recurrente no ha acreditado la existencia concreta de esa calificación expresa ni la concurrencia de los requisitos determinantes de la deducción indicada, además de que no cualquier regulación en materia de política de precios es competencia del Estado y, por tanto, se trata de una norma básica, sino que en esta materia también puede haber normas –con rango legal o reglamentario– aprobadas por la comunidad autónoma, en este caso, la Generalidad, en el legítimo ejercicio de sus competencias –y, en tal sentido, el artículo 251.3 de la Ley catalana 8/1987 establece que ‘las tarifas serán suficientes para

la autofinanciación del servicio, pero, si concurren circunstancias que aconsejen fijar una cuantía inferior, será preciso que el ente local establezca simultáneamente las compensaciones económicas necesarias’, y, aun cuando es obvio que tal artículo no coincide con el 107.2 del Real decreto legislativo 781/1986, pues difieren ambos en el punto de qué Administración debe establecer las compensaciones económicas caso de no lograrse la autofinanciación del servicio, ha de recordarse que, si bien la citada Ley 8/1987 fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad del Gobierno del Estado, no se incluyó, entre los preceptos impugnados, el 251.3 de la Ley 8/1987, por mor, lógicamente, de reputarse que la Generalidad es la competente para aprobar tal artículo.” (FJ 5)

Por lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso interpuesto, con imposición de costas al recurrente.

Tribunal Supremo. Orden de paralización de la actividad de una planta de ácido sulfúrico. Legitimación de los ayuntamientos para adoptar medidas cautelares en caso de riesgo grave para el medio ambiente

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Baracaldo ordenó la paralización inmediata de una planta de obtención de ácido sulfúrico hasta que se comprobaran los motivos que habían originado cierta emisión y se adoptaran cuantas medidas fueran necesarias procedentes para evitar dichas emisiones en ocasiones sucesivas. Al cabo de unos días, el citado Ayuntamiento ordenó el levantamiento de la paralización temporal, permitiéndose el reinicio de la actividad, con el cumplimiento de ciertas condiciones, así como la adopción de los medios técnicos oportunos en el plazo máximo de tres meses a fin de que el Ayuntamiento recibiera información de continuo de la emisión de la chimenea a través de la sonda de la empresa, y se conectara dicha información a un sistema de alarma ubicado en las dependencias de la Policía Municipal, de forma que ésta fuera conectada automáticamente en caso de emergencia.

Contra los decretos por los que se aprobaban las medidas indicadas, la empresa titular de la planta interpuso un recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado.

Ante ello, el titular interpuso un recurso de casación, por considerar que se había infringido el artículo 21.1.j) de la LBRL (en la redacción que dicho artículo tenía antes de la reforma por la Ley 11/1999). En virtud del mismo, el recurrente entendía que el Ayuntamiento debería haber efectuado las comprobaciones previas que le atribuyesen la causación del siniestro antes de acordar la paralización de la actividad.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso, imponiendo las costas al recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó el contenido del artículo 21.1.j) de la LBRL, que concedía al alcalde la atribución de “Adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias adecuadas, dando cuenta inmediata al Pleno”. En contra del parecer del recurrente, el Tribunal no apreció un indebido ejercicio de dicha atribución. Al respecto, el Tribunal no consideraba que no era necesario que en ese supuesto el Ayuntamiento efectuara las comprobaciones previas. Al respecto, el Tribunal advirtió lo siguiente:

“Lo que al alcalde se atribuye en el precepto transcrito es la competencia para adoptar una medida cautelar, que como tal, o como es inherente a su propia naturaleza jurídica, descansa en una situación de urgencia. Situación, ésta, incompatible con la exigencia en todo caso de que a la adopción de la medida pre-

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sección Quinta.

Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 8422/1998

FECHA: 21 de octubre de 2003

PONENTE: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Baracaldo

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 21.1.j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL)

DOCTRINA: Orden de paralización de la actividad de una planta de ácido sulfúrico. Legitimación de los ayuntamientos para adoptar medidas cautelares en caso de riesgo grave para el medio ambiente (FJ 5)

cedan unas comprobaciones con el alcance y con el resultado que la parte exige en su motivo de casación, esto es, unas comprobaciones previas que atribuyan indubitadamente la causa de la catástrofe, del infortunio público o del grave riesgo de una u otro al destinatario o a la actividad destinataria de la medida cautelar.” (FJ 5)

Asimismo, éste indicó que:

“Lo que el precepto exige, en una interpretación acorde a su espíritu y finalidad (artículo 3.1 del Código civil), es la existencia de elementos de juicio suficientes para entender razonablemente, nunca de manera caprichosa o arbitraria, que para atajar aquellas situaciones de catástrofe, infortunio o grave riesgo es necesaria y adecuada la concreta medida cautelar que se adopta.” (FJ 5)

En este sentido, observando el supuesto enjuiciado, el Tribunal apreció que efectivamente se había dado el juicio de razonabilidad que exigía dicho precepto, advirtiendo que de la sentencia recurrida se desprendía que:

“a) que en los días inmediatamente anteriores [...] hubo ya anomalías en el funcionamiento de la fábrica [...], que llegaron a requerir que la planta fuera parada en dos ocasiones; b) que en las primeras horas de ese día [...], tanto la Policía Municipal como la Oficina de Medio Ambiente parecían coincidir en atribuir las causas determinantes de lo que sin duda era un grave riesgo para la salud, a un escape de dióxido de azufre procedente de [dicha fábrica]; y c) que ese parecer coincidente no

debió ser entendido como carente de fundamento por los propios responsables de la empresa, pues así se explica que fueran éstos quienes procedieran a parar de nuevo la planta.” (FJ 5)

Además de ello, el Tribunal advirtió que había que tener en cuenta que “[...] ni en la sentencia ni —lo que es más importante— en el motivo de casación se ofrecen datos que demuestren o que meramente apunten hacia la carencia de fundamento de aquella atribución de causalidad [...]”. (FJ 5)

Tribunal Supremo. Potestad sancionadora de los entes locales. Reserva de ley y principio de autonomía local

SUPUESTO DE HECHO

Una empresa de transportes interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la Ordenanza reguladora de la ocupación de vías públicas con contenedores del Ayuntamiento de Zaragoza. El Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza desestimó gran parte de las alegaciones, si bien admitió la relativa a la adecuación al ordenamiento jurídico de los artículos 15 y 16 de la misma, reguladores de las infracciones y sanciones. Frente a dicha resolución, tanto el demandante como el Ayuntamiento demandado interpusieron recurso de casación.

El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso, declarando haber lugar a la casación, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto y declarando conforme a derecho la ordenanza impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal señaló que la cuestión giraba entorno a la tipificación de infracciones y sanciones administrativas mediante ordenanza local. Ello exigía un estudio de la potestad sancionadora de los ayuntamientos, por lo que el Tribunal procedió a analizar la normativa al respecto y la jurisprudencia interpretativa de la misma.

En este sentido, en primer lugar citó el artículo 25 de la CE, “[...] a tenor del cual nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. (FJ 3)

A continuación, el Tribunal señaló que dicho mandato había sido reiterado por la legislación ordinaria, como sucedía con los artículos 127.1 (“la potestad sancionadora de las administraciones públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida con una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este título”) y 129 de la LRJPAC (cuyo apartado primero dispone que “sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento previstas como tales infracciones por una ley”. Y en cuanto a las sanciones el número 2 del mismo artículo establece que “únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán limitadas por la ley”), o por el Real decreto 1398/1993, que “[...] prevé que se tipifiquen infracciones y sanciones por ordenanza local, pero exige el citado referente, es decir, la existencia de una norma con rango de ley que regule en términos generales las infracciones y las sanciones”. (FJ 3)

Sin embargo, el Tribunal advirtió que dichos preceptos de aplicación general debían ser contrastados “con las normas que otorgan potestades a los entes locales”. En este sentido, el Tribunal advirtió que:

“Así resulta incuestionable que dichos entes son titulares de las potestades reglamentaria y sancionadora, según se desprende del artículo 4.1, apartados a) y f) de la ley básica de régimen local 7/1985, de 2 de abril. Esta atribución de potestades por el precepto citado fue interpretado desde el primer momento por la doctrina científica como contenido propio de la autonomía municipal,

Por lo expuesto el Tribunal entendió que la sentencia impugnada había enjuiciado correctamente la cuestión planteada, al apreciar la legitimidad del Ayuntamiento para ordenar la paralización de la planta. En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso, con imposición de costas al recurrente.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 5167/1998

FECHA: 29 de septiembre de 2003

PONENTE: Excmo. Sr. Mariano Baena del Alcázar

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Zaragoza

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 25 de la CE; artículo 3.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985; artículos 127.1 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común; artículo 1.1, apartado c), del Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, y artículo 4.1, apartados a) y f), de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local

DOCTRINA: Potestad sancionadora de los entes locales. Reserva de ley y principio de autonomía local (FJ 3, 4, 6 y 7)

que consagran los artículos 137 y 140 de la Constitución. Por lo demás, el artículo 21.1 de la misma ley, en su apartado n), otorga al alcalde como presidente de la corporación atribuciones para sancionar las faltas de desobediencia a su autoridad o por infracción de las ordenanzas municipales, si bien el contexto del mandato hace que deba ser interpretado como especificación de la competencia de la primera autoridad municipal.” (FJ 3)

Como consecuencia de ello “los ayuntamientos pueden aprobar válidamente reglamentos bajo el ropaje formal de ordenanzas”. (FJ 3)

Dicho esto el Tribunal planteó lo siguiente:

“Obviamente estos reglamentos no pueden contravenir las leyes. Pero la cuestión que ahora interesa es qué sucede si las ordenanzas contienen determinados mandatos que tienen por destinatarios a los habitantes y las entidades y empresas del municipio, y sin embargo, a tenor de la doctrina de aplicación general, no pueden normar la situación producida si se incumplen las ordenanzas correspondientes [...]”. (FJ 3)

Al respecto, el Tribunal señaló que:

“La situación viene a ser, según la interpretación actual del ordenamiento, que la potestad reglamentaria municipal, a los efectos de garantía en caso de incumplimiento, encuentra el fundamento de su sanción como tal norma jurídica en una disposición emanada del Estado o de una comunidad autónoma, que son en nuestro derecho los entes titulares de la potestad de dictar normas con rango de ley. La potestad reglamentaria local estaría, por tanto, menoscabada o disminuida.” (FJ 3)

Sin embargo, el Tribunal advirtió que, pese a ser esta la doctrina jurisprudencial vigente y dominante, se podía observar una evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hacia “relajar o atenuar la exigencia de reserva de ley para la tipificación de infracciones y sanciones”, advirtiendo que “la tipificación de infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal y siempre que esta regulación la apruebe el Pleno del Ayuntamiento”. (FJ 3)

Por tanto, se planteaba el problema de que “las ordenanzas locales resultan inaplicables y la potestad reglamentaria menoscabada y disminuida cuando, aun tratándose de materias de estricta competencia local, no existe ley habilitante para tipificar las infracciones y sanciones. (FJ 4)

Ante ello, el Tribunal señaló que:

“Puede entenderse, por tanto, con algún fundamento que esta deficiencia de nuestro ordenamiento jurídico y de su sistema de fuentes aconseja una interpretación que permita obviar, en algunos supuestos de estricta competencia local y, por tanto, de potestades implícitas, la dificultad indicada, susceptible por otra parte de irrogar graves consecuencias en la medida en que da lugar a la impunidad de los infractores.” (FJ 4)

Al respecto, el Tribunal indicó que:

“[...] un reglamento (en nuestro caso una ordenanza local) que puede, sin ninguna consecuencia, ser incumplido por los ciudadanos a los que todo está permitido en la materia, es una norma reglamentaria sin fundamento ni garantía y, por tanto, susceptible de quedar sin efectos. Parece cuando menos deseable una integración de la normativa actual que dé lugar a una interpretación de la misma en virtud de la cual se dote de sustantividad a la potestad reglamentaria de los entes locales, potestad ésta que reconoce de forma inequívoca nuestro ordenamiento jurídico.” (FJ 4)

A lo anterior, el Tribunal advirtió que junto a ello había que tener en cuenta el principio de autonomía local, reconocido en la Constitución española, indicando que “[...] de algún modo podría entenderse contravenido o contradicho si uno de los elementos del contenido de esa autonomía, la potestad reglamentaria de los entes locales, se encuentra mermado y disminuido hasta el punto de que el reglamento resulte infundamentado y en definitiva en ocasiones inaplicable.” (FJ 4)

Como instrumento normativo que permitía obtener un nuevo enfoque interpretativo de la autonomía local, el Tribunal recordó la ratificación de España de la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, cuyo apartado 1 del artículo 3 establece que “por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”. (FJ 4)

En este sentido, el Tribunal advirtió que:

“[...] si se otorga la potestad reglamentaria a las entidades locales, sin duda para ordenar los asuntos públicos de su competencia, y no se deduce ninguna consecuencia jurídica del incumplimiento de aquella ordenación, los supuestos titulares de la potestad reglamentaria, en este caso los entes locales, no tienen una capacidad efectiva de llevar a cabo la ordenación. Es palmario que una norma que puede incumplirse sin consecuencia alguna puede carecer por completo de efectividad. Por ello, si es ésta la situación se está ante una disminución de la autonomía local contraria al precepto de la Carta.” (FJ 4)

Se planteaba, por tanto, “[...] una tensión entre el principio de autonomía local interpretado a la luz de la Carta Europea de 15 de octubre de 1985 y la reserva de ley que establece el artículo 25.1 de la Constitución para la tipificación de infracciones y sanciones”. (FJ 4)

Según el Tribunal, dicha tensión “[...] debe resolverse en virtud de una interpretación integradora de un modo favorable al principio de autonomía local, admitiendo la posibilidad de esa tipificación por ordenanza”. (FJ 4)

En consecuencia, en cuanto a las limitaciones de los entes locales para la tipificación de sanciones, el Tribunal declaró lo siguiente:

“[...] para resolver el supuesto planteado hemos de considerar que las ordenanzas locales tienen abierta la posibilidad de tipificar infracciones y sanciones, aunque no por supuesto de forma genérica e indiscriminada. Tal tipificación no podrá hacerse si anteriormente se ha efectuado ya por ley estatal o autonómica. En cualquier caso al llevar a cabo la tipificación no pueden aprobarse preceptos contrarios a las leyes. Por lo demás la tipificación de que se habla no podrá hacerse por ordenanza obviamente más que en el supuesto de que se trate de la ordenación del uso de bienes o la organización de servicios que supongan potestades implícitas (el primero es el caso de la policía de dominio público referido a las vías urbanas que ahora nos ocupa) o en aquellos casos de competencia compartida en los que el ente superior, Estado o comunidad autónoma, no haya hecho uso de su potestad legislativa con esta finalidad. Ha de tratarse desde luego de sanciones de carácter pecuniario, aplicadas de acuerdo con el artículo 59 del texto refundido de régimen local. Por último, es obvio que, tanto en la tipificación de sanciones como en el ejercicio de la potestad sancionadora, han de respetarse los principios que regulan la materia en nuestro ordenamiento, singularmente las de proporcionalidad y audiencia del interesado, y sin duda también ha de ponderarse la sanción a imponer en función de la gravedad del ilícito valorada según las características demográficas, económicas y sociales del municipio.” (FJ 4)

Aunque para el Tribunal lo indicado era ya suficiente para la estimación del recurso planteado, entró a examinar las alegaciones del recurrente.

La mayoría de los motivos invocados por el recurrente se basaban en la mencionada tendencia a relajar la reserva de ley para la tipificación de infracciones y sanciones. En uno de los motivos invocados por el recurrente se partía de la idea de que existía una relación especial de sujeción respecto al Ayuntamiento de los titulares de autorizaciones para instalar contenedores en la vía pública, afirmándose, por ello, que debía culminarse la tendencia de la jurisprudencia constitucional a relajar la exigencia de ley en supuestos como el presente cuando existía una relación especial de sujeción.

Al respecto, el Tribunal estudió si efectivamente en ese caso existía especial sujeción, advirtiendo que:

“[...] para que la sujeción especial exista que la relación entre la autoridad que rige el colectivo y los miembros del mismo tenga alguna estabilidad o permanencia, no pudiendo afirmarse propiamente que existan las citadas relaciones cuando se trate de la producción y, desde la perspectiva del ciudadano, de la obtención de actos administrativos habilitantes cuyo contenido se agota en sí mismo, de manera que una vez notificado el acto sus efectos no consisten en la existencia de una relación permanente que lleve aparejadas potestades para dar instrucciones de obligado cumplimiento.” (FJ 6)

En relación con el caso estudiado, el Tribunal señaló que:

“[...] los titulares de concesiones o autorizaciones genéricas para instalar contenedores en la vía pública se encuentran en una relación especial de sujeción respecto al Ayuntamiento, pero no sucede lo mismo en el caso de los titulares de autorizaciones individuales y específicas. En tales casos no hay una estabilidad ni una permanencia de la relación jurídica administrativa que se mantiene con el Ayuntamiento y, por tanto, ésta no puede calificarse como una relación especial de sujeción [...]” (FJ 6)

Dicho esto el Tribunal indicó que:

"[...] es de tener en cuenta que ciertamente, [...], se viene produciendo una tendencia de la jurisprudencia constitucional a relajar la exigencia de reserva de ley para tipificar infracciones y sanciones cuando existe una relación especial de sujeción. Pero esta tendencia no ha supuesto que se admita la tipificación cuando no existe al menos una ley que fije criterios genéricos [...]" (FJ 6)

En consecuencia, el Tribunal desestimó dicho motivo.

Sin embargo, sí se estimaron los otros motivos en los que se alega que la evolución y las tendencias de la jurisprudencia debían conducir a una interpretación de los preceptos aplicables favorable a la autonomía local.

En este sentido, el Tribunal señaló que:

"[...] hay que atenerse a la solución jurisprudencial más favorable a la autonomía municipal que consagran los artículos 137 y 140 de la Constitución, los cuales deben ser interpretados de acuerdo con el artículo 3.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local, y, por tanto, de tal modo que esta autonomía suponga una capacidad efectiva de ordenar los asuntos públicos. Esto lleva consigo que debamos declarar que mediante ordenanza local, en cumplimiento de los preceptos generales de los artículos 55 y 59 del Texto refundido de régimen local, se pueden tipificar válidamente las infracciones y sanciones, que han de ser de carácter pecuniario, cuando ello sea una garantía indispensable para su cumplimiento, siempre que al hacerlo no se contravengan las leyes vigentes, y únicamente en los casos en que no se haya promulgado ley estatal o autonómica sobre la materia, y en los que los ayuntamientos actúen en ejercicio de competencias propias que, por así decirlo, tengan el carácter de nucleares y lleven anejas potestades implícitas de regulación, y respetando los principios de proporcionalidad y audiencia del interesado, así como ponderando la gravedad del ilícito y teniendo en cuenta las características del ente local." (FJ 7)

Según el Tribunal, ello sucedía en el caso estudiado, por cuanto "en las fechas de autos no se había dictado la ley estatal sobre residuos [...] ni tampoco ley de la comunidad autónoma, la regulación de los artículos 15 y 16 de la ordenanza sobre los que versa el debate no contravienen la legislación anterior, y las materias de que se trata, es decir, la policía urbana y la utilización y el uso de la vía pública, son de exclusiva competencia

municipal y los entes locales tienen potestades implícitas para ordenar su uso, lo que deben hacer de modo eficaz". (FJ 7)

Dicho esto, el Tribunal advirtió que:

"[...] difícilmente podría tacharse esta solución de antidemocrática, pues los miembros de la corporación local que aprobaron la ordenanza han sido elegidos democráticamente [...]. Se da, por tanto, una situación análoga a la aprobación de una ley por los parlamentarios elegidos por la población del Estado o de una comunidad autónoma. Por ello la solución que supone nuestra interpretación se atiene a los principios democráticos que inspiran nuestro ordenamiento." (FJ 7)

En consecuencia, el Tribunal estimó los motivos indicados, señalando para terminar que:

"[...] mediante esta modificación de nuestra doctrina estamos ejerciendo la misión que nos encomiendan las leyes, y en concreto el título preliminar del Código civil al referirse a la interpretación de las normas por este Tribunal Supremo y declarar que esa interpretación ha de llevarse a cabo de acuerdo con las necesidades sociales de los tiempos. Pues indudablemente es una necesidad social otorgar posibilidades de actuación a los entes locales en el caso de incumplimiento de las ordenanzas que hayan dictado en ejercicio válido de la potestad reglamentaria que le otorgan las leyes." (FJ 7)

Por tanto, el Tribunal estimó el recurso interpuesto, en los términos indicados en apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la aplicación del principio de legalidad en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, ver las siguientes sentencias: STS de 10 de febrero de 1997 (Aranzadi 1997/1407) y STS de 2 de abril de 1991 (Aranzadi 1991/2862).

Mostrando una tendencia a relajar o atenuar la exigencia de reserva de ley para la tipificación de infracciones y sanciones, ver la siguiente sentencia: STC de 8 de junio de 2001 (Aranzadi 2001/132).

Exigiendo la habilitación por ley para la tipificación de infracciones y sanciones, ver las siguientes sentencias: STS de 22 de septiembre de 1999 (Aranzadi 1999/6728); STS de 4 de febrero (Aranzadi 2002/2911); STS de 12 de junio (Aranzadi 2002/8201), y STS de 15 de julio de 2002 (Aranzadi 2002/10136).

Tribunal Supremo. Exigencia de un informe favorable de la Administración municipal para el otorgamiento de la concesión de actividad de televisión por cable

SUPUESTO DE HECHO

Un particular solicitó a la Dirección General de Telecomunicaciones, de la Secretaría General de Telecomunicaciones del Ministerio de Fomento, la concesión provisional de actividad de televisión por cable. Dicha petición fue denegada, por incumplimiento de la obligación de aportación del informe favorable de la Administración municipal, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo tercero de la disposición transitoria primera de la LT, al ser tal requisito indispensable para el otorgamiento de la concesión, ello sin perjuicio de que pudiera seguir prestando el servicio al estar abierto el período transitorio del apartado 4.º de la disposición transitoria primera del Real decreto 2066/1996, de 13 de septiembre, plazo que finalizaría a los tres años de la entrada en vigor de la LT, y sin poder realizar inversiones en la red.

Antes de dictar dicha resolución, el solicitante había sido requerido por la Administración para que, entre otros documentos, aportase el original del informe favorable del ayuntamiento correspondiente al municipio donde prestaba servicios, con apercibimiento de archivo de la solicitud si no lo presentaba en

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 1641/1998

FECHA: 29 de septiembre de 2003

PONENTE: Excmo. Sr. Francisco Trujillo Mamely

DEMANDADO: Administración General del Estado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 1 de la Directiva 95/51 de la Comisión, de 18 de octubre de 1995, relativa a la supresión de restricciones a la utilización de redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones ya liberalizados, y disposición transitoria primera de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, reguladora de las telecomunicaciones (LT)

DOCTRINA: Exigencia de un informe favorable de la Administración municipal para el otorgamiento de la concesión de actividad de televisión por cable (FJ 4)

el plazo de diez días. Al no ser presentado se dictó la expresada resolución denegatoria en los términos ya indicados.

Contra dicha resolución, el particular interpuso recurso contencioso-administrativo. Al ser éste denegado, el recurrente interpuso recurso de casación.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso, con condena en costas a la parte actora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal recordó que en relación con la disposición transitoria primera ya habían sido resueltos otros recursos de casación. De modo que, dada la identidad sustancial de los argumentos, se limitó a transcribir los argumentos expuestos en otro recurso.

Entrando en materia, el Tribunal advirtió que al tratarse la LT de una norma con rango de ley, el Tribunal Supremo no podía pronunciarse sobre su constitucionalidad, como exigía el recurrente en sus argumentos, debiéndose en su caso proceder al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, lo que recordó que ya se había hecho en una ocasión, siendo rechazada por falta de relevancia de la norma cuestionada en relación con el litigio del que aquella cuestión procedía, a la vista del desarrollo legislativo posterior.

En ese caso, el Tribunal también entendió que no procedía el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, declarando lo siguiente:

“[...] el planteamiento de la eventual cuestión de inconstitucionalidad que propone el recurrente se limita tan sólo al régimen transitorio de la Ley 42/1995 [...]. A diferencia de otros recursos sobre la materia, no se discute en éste la viabilidad constitucional de la regulación legal en sí misma considerada, esto es, del régimen ‘ordinario’ previsto en aquella ley. En concreto, no se cuestiona la constitucionalidad de la caracterización como servicio público de la televisión por cable, ni de la reducción a dos de los concesionarios ganadores de los respectivos concursos para cada demarcación territorial, ni la misma existencia de éstos.” (FJ 4)

Por tanto:

“Limitado, pues, el acto administrativo al rechazo de la solicitud de concesión provisional [...] y reducido el planteamiento procesal de la parte en su recurso de casación a impugnar aquél sobre la base de la inconstitucionalidad de la tan citada disposición transitoria, no es posible acceder al planteamiento de la cuestión en los términos propuestos.” (FJ 4)

Sentado lo anterior, el Tribunal procedió a analizar los otros motivos invocados.

Entre otros, se denunciaba que el informe favorable que debía prestar el ayuntamiento, dejando en manos de éste el que se le otorgara o no la concesión, atribuía a los ayuntamientos un poder arbitrario que podía producir discriminaciones entre empresas por razones no justificadas “máxime cuando no se especifica en la disposición transitoria de la [LT] los requisitos o condiciones con arreglo a los cuales debe ser otorgado el informe”.

Al respecto, el Tribunal negó que dicha medida diera un poder arbitrario a los ayuntamientos. Al respecto, declaró lo siguiente:

“La mayoría de las infraestructuras de cable se tienden en el dominio público, utilizando las vías, calles, plazas que integran el dominio municipal e incluso su espacio aéreo. La intervención del ayuntamiento en el expediente no sólo es conveniente sino indispensable, como consecuencia del principio de coordinación proclamado en el artículo 103 de la Constitución y recogido en el artículo 10.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local. Sería ilógico otorgar una concesión de cable sin que el ayuntamiento informe si el tendido de la red por los lugares que se propone se atiene a las normas urbanísticas o

medioambientales que rigen en el municipio. De aquí la razonabilidad de la norma que exige que el informe sea favorable, pues no tendría sentido que en contra del régimen del municipio se otorgue una concesión que autorizara la colocación de la red en lugares no permitidos en los instrumentos de ordenación local.” (FJ 4)

“Probablemente hubiera sido conveniente determinar las bases del informe municipal, pero su falta no implica ilegalidad de la norma, pues nuestro ordenamiento no prevé la inconstitucionalidad por omisión, máxime si se tienen en cuenta las dificultades que entraña establecer unos requisitos comunes para el gran número de municipios de España, cuya diversidad y heterogeneidad territorial es tan grande que difícilmente podría lograrse una norma homogénea para todos ellos [...]” (FJ 4)

Por ello, el Tribunal consideró que no podía considerarse arbitraria la mencionada disposición transitoria, advirtiendo que:

“El control de la arbitrariedad tiene su cauce *a posteriori*, pues un informe desfavorable que determine la denegación de una concesión podrá revisarse por los tribunales, examinando si está justificado de forma adecuada en función del contenido del acto; que queda constreñido en la disposición transitoria primera del Reglamento técnico y de prestación del servicio –Real decreto 2066/1996, de 13 de septiembre–, únicamente a materia de competencia municipal, exigiendo que sea motivado.” (FJ 4)

En consecuencia, el Tribunal desestimó dicho motivo de casación.

También desestimó el argumento en cuya virtud se habría producido una expropiación sin indemnización.

Al respecto, el Tribunal recordó los requisitos necesarios para que se pudiera hablar de expropiación, advirtiendo al respecto que:

“Para que haya expropiación es preciso que se ostente la titularidad de la propiedad privada o de un derecho o interés patrimonial, según lo establece el artículo 1.º de la Ley de expropiación forzosa.” (FJ 4)

Sin embargo, en el caso estudiado el Tribunal advirtió que:

“Este presupuesto falta en el caso presente, en el que el mero hecho de venir emitiendo por cable, aunque fuera legítimo hacerlo, no atribuía titularidad de derecho patrimonial alguno si, como se dijo, la Ley de ordenación de las telecomunicaciones, en su artículo 2.º considera a las telecomunicaciones ‘como servicios esenciales de titularidad estatal’. La posibilidad de que en ausencia de regulación legal se admitieran operadores de cable no cambiaba el sistema, pues la *publicatio* del medio estaba subyacente y la gestión del servicio que se efectuaba sin base legal y sin intervención administrativa sólo podría considerarse que lo era en precario, sujeta, por tanto, a las variaciones que podía imponer su regulación posterior.” (FJ 4)

A lo anterior, el Tribunal recordó lo siguiente:

“[...] además, la disposición transitoria primera de la ley es respetuosa con estos operadores anteriores, en la medida en que, por un lado, les posibilita transformarse en concesionarios, primero provisionales y más tarde definitivos, si cumplen las mínimas exigencias previstas en la norma y, en último extremo, les faculta a continuar en la explotación por un plazo de tres años, lo que constituye un modo de compensación a su situación de precario anterior.” (FJ 4)

Por lo expuesto, entre otros motivos, el Tribunal desestimó el recurso de casación, condenando en costas a la parte actora.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En el mismo sentido, y en un supuesto análogo, ver la siguiente sentencia: STS de Madrid de 29 de septiembre de 2003 (Aranzadi 2003/8111).

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Negativa de un ayuntamiento de facilitar copias de ciertos documentos a dos concejales. Derecho de participación. Derecho de los concejales a obtener del alcalde o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función

SUPUESTO DE HECHO

Dos concejales solicitaron autorización para la revisión y estudio de los archivos de un departamento del mismo, relativos a facturaciones detalladas de telefonía móvil de titularidad municipal. Dicha solicitud fue denegada. Tras ello, los concejales interpusieron recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, por considerar que se había vulnerado su derecho a participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos, contemplado en el artículo 23.1 de la CE.

El Tribunal desestimó el recurso, por considerar que no se había producido la vulneración indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal recordó la relación con el derecho contemplado por el artículo 23 de la CE, señalando lo siguiente:

“[...] para el correlativo ejercicio de tal participación se requiere tener el oportuno y cabal conocimiento de los asuntos a tratar o tratados por cada uno de los órganos representativos, conocimiento que se obtiene mediante el adecuado acceso a los datos e informaciones que obran en poder de los mismos [...] estableciendo al respecto el artículo 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, el derecho de los concejales a [...] obtener del alcalde o de la Comisión de Gobierno, cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función.” (FJ 3)

Sin embargo, en cuanto al alcance de dicho derecho, el Tribunal, aludiendo a jurisprudencia del Tribunal Supremo, matizó lo siguiente:

“[...] el derecho a participar en asuntos públicos implica, con relación a los asuntos públicos municipales, que los concejales tengan acceso a la documentación y datos de que disponga la corporación a la que pertenezcan [...], ya que en relación con el núcleo sustancial del derecho que corresponde a los concejales sobre el tema –se trataba del derecho a obtener fotocopias e informes de expedientes– se observa que el mismo supone una facultad de acceder a la documentación e información existente, de forma que su actividad en el Ayuntamiento pueda desarrollarse con el debido conocimiento de causa, pero sin añadir ningún otro aditamento que exceda del fin de estar plenamente informado de todo lo que conste en los diversos servicios municipales [...].” (FJ 4)

Por tanto “el derecho de información derivado del artículo 23 de la Constitución no incluye, como contenido propio, el derecho a la obtención de copias o fotocopias, y lo mismo ha de entenderse respecto a las certificaciones o copias legítimas”. (FJ 4)

En relación con el caso estudiado, el Tribunal declaró lo siguiente:

“[...] ha de entenderse que de ninguna manera se violó su derecho fundamental a la información inherente a su participación política, debiendo desestimarse el recurso contencioso-administrativo interpuesto: y es que en el caso no se trataba de satisfacer lisa y llanamente el derecho a la información de los concejales del supuesto, lo que quedó cumplido con la puesta a su disposición de toda la documentación relativa a la discordia,

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa.

Recurso contencioso-administrativo núm. 284/2003

FECHA: 30 de julio de 2003

RESOLUCIÓN: 351/2003

PONENTE: Ilmo. Sr. Juan Manuel Cívico García

DEMANDANTE: Concejales

DEMANDADO: Ayuntamiento de Linares

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 23 de la CE, y artículo 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local

DOCTRINA: Negativa de un ayuntamiento de facilitar copias de ciertos documentos a dos concejales.

Derecho de participación. Derecho de los concejales a obtener del alcalde o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función (FJ 3, 4 y 5)

sino que el meollo de la cuestión residió en la pretensión, en un primer momento, de retirar toda la documentación del despacho del Sr. secretario para llevarla a las dependencias municipales del Grupo Popular para ser estudiada, y, después, ante la negativa recibida, de sacar copia escaneada de la misma mediante la colaboración de un técnico informático, lo que dado el carácter reservado y sensible de la documentación pública a manejar –la relativa a las comunicaciones telefónicas de los concejales delegados– y la participación de una persona ajena a la corporación –el profesional informático–, ha de entenderse que excedió del estricto contenido y marco del artículo 23 de la Constitución, no produciéndose, en fin, la violación invocada del derecho fundamental del caso.” (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso, con imposición de costas al recurrente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el derecho de los concejales a acceder a los documentos públicos, ver las siguientes sentencias: STS de 14 de marzo de 2000, y STS de 19 de julio de 1989 (Aranzadi 1989/5650). Negando que el mismo incluya el derecho a la obtención de copias o fotocopias, ver las siguientes sentencias: STS de 19 de julio de 1989; STS de 5 de mayo de 1995 (Aranzadi 1995/3641); STS de 21 de abril de 1997 (Aranzadi 1997/3006), y STS de 29 de abril de 1998 (Aranzadi 1998/4574).

Tribunal Superior de Justicia de Baleares. Resolución de un convenio urbanístico por la desaparición sobrevenida de su causa. Aplicación de normas de Derecho privado a los convenios urbanísticos

SUPUESTO DE HECHO

La Comisión Provincial de Urbanismo de Baleares aprobó la modificación del plan parcial de un polígono en el término municipal de Artà. Dos años más tarde, el Ayuntamiento del municipio indicado aprobó inicialmente el proyecto de urbanización del polígono indicado. Al cabo de un tiempo, dicho Ayuntamiento y la empresa C, titular de los terrenos indicados otorgaron escritura ante notario en la que tras indicarse que el plan parcial y el proyecto de urbanización incluían ciertos espacios de cesión obligatoria al Ayuntamiento, se acordaba la cesión anticipada de parte de los terrenos. Entre dichos terrenos, se encontraban espacios de cesión obligatoria al Ayuntamiento (para equipamiento docente, social y juego de niños) y la cesión de unos espacios libres de zona verde.

Pasado un tiempo, se aprobó definitivamente el proyecto de urbanización. Al cabo de un tiempo, el Parlamento de les Illes Balears aprobó la Ley 1/2000, de modificación de la Ley 1/1991, de 30 de enero, de espacios naturales, por la que se amplió el ámbito de algunas áreas de especial protección y, entre ellas, los terrenos a los que se ha hecho referencia, que quedaron con la clasificación de no urbanizables.

Ante la imposibilidad de proseguir el proceso urbanizador, C solicitó al Ayuntamiento la resolución del convenio. Dicha petición fue desestimada por el Ayuntamiento, emplazando al particular a que se dirigiera al organismo que le había causado los daños y perjuicios (la comunidad autónoma).

Contra dicho acto, el recurrente interpuso un recurso contencioso-administrativo, por entender que, en la medida en que lo acordado en la escritura indicada constituía un convenio urbanístico, éste gozaba de naturaleza contractual, y por ello era de plena aplicación la doctrina de la “desaparición de la base del negocio” como causa de la resolución de la indicada resolución contractual. Así, la aparición de una circunstancia sobrevenida, imprevista e incluso no imputable a las partes contratantes determinaba la frustración del objeto del contrato, lo que tenía que producir la resolución del mismo y la consiguiente restitución de las prestaciones obligacionales.

El Tribunal Superior de Justicia de Baleares estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La Administración demandada alegaba la incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer del asunto, por cuanto, al estar parte de los terrenos afectados por el plan parcial no debían ser objeto de cesión obligatoria, de modo que los que no estuviesen afectados por la futura compensación se habrían entregado como “donación” sujeta al Derecho privado no incardinable en un convenio urbanístico, por lo que su contenido quedaba al margen de su competencia.

Sin embargo, en relación con los convenios urbanísticos, el Tribunal advirtió lo siguiente:

“[...] los convenios urbanísticos como acuerdos entre la Administración y los titulares de intereses urbanísticos, celebrados con la finalidad de facilitar la ejecución del planeamiento, mantienen su carácter jurídico-administrativo aun cuando la cesión de alguno de los terrenos no fuese necesaria para la ejecución del plan, ya que en definitiva debe valorarse el acuerdo como un ‘todo’ y no como una suma de prestaciones independientes entre sí, unas de naturaleza jurídico-privada y otras de naturaleza jurídico-administrativa. La finalidad del convenio es única: facilitar la ejecución del plan y esta finalidad afecta a la naturaleza de la totalidad de compromisos.” (FJ 2)

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Baleares. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1188/2000
FECHA: 14 de julio de 2003
RESOLUCIÓN: 618/2003
PONENTE: Ilmo. Sr. Fernando Socías Fuster
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Ayuntamiento de Artà
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 1261 del CC
DOCTRINA: Resolución de un convenio urbanístico por la desaparición sobrevenida de su causa. Aplicación de normas de Derecho privado a los convenios urbanísticos (FJ 2, 4 y 5)

Ello llevó al Tribunal a desestimar dicho argumento de oposición a la demanda.

Por otra parte, la Administración alegaba que la alteración del cumplimiento del convenio urbanístico no le era imputable a éste sino a la Administración autonómica, por lo que era a ésta última a quien debería reclamarse la indemnización económica correspondiente “en lugar de interesar la devolución de unos terrenos por parte de quien no es responsable de la inviabilidad del referido convenio”.

Al respecto, el Tribunal precisó que:

“[...] con independencia de la viabilidad de la acción, lo cierto es que si se interesa la resolución del Convenio y restitución de los terrenos cedidos, desde luego dicha petición únicamente se puede formular con respecto a la otra parte contratante y titular actual de los terrenos. No se puede interesar de la comunidad autónoma la resolución de un convenio de la que no es parte ni la restitución de unos terrenos que no son de su propiedad, sino del Ayuntamiento.” (FJ 4)

Dicho esto, el Tribunal advirtió que si lo que se pretendía oponer era que en ningún caso procedería la resolución del convenio y únicamente se podría aspirar a la indemnización por alteración del planeamiento, el Tribunal advirtió que “[...] por una parte se puede reclamar la indemnización por alteración del planeamiento y ‘por camino distinto’ la restitución de los terrenos, lo que es lógico si la Administración que ha de restituir los terrenos cedidos es Administración distinta de la que debe indemnizar, en su caso”. (FJ 4)

Asimismo, el Tribunal advirtió que:

“[...] constituiría un inadmisibles ‘enriquecimiento injusto’ a favor del Ayuntamiento y en contra de la Administración de la CAIB, si el primero se quedase gratuitamente unos terrenos cuando ha desaparecido la causa de dicha cesión y cuando ya no existen los compromisos municipales derivados de la ejecución del planeamiento. En este caso el Ayuntamiento se quedaría con la titularidad de unos terrenos a cambio de nada, mientras que la Administración autonómica debería indemnizar a los promotores por el valor de unos terrenos que quedan en propiedad del Ayuntamiento y no de la Administración que indemniza por su valor.” (FJ 4)

En relación con la naturaleza de los convenios urbanísticos, el Tribunal advirtió que éstos, con independencia de algunas peculiaridades propias de este tipo de convenios, “[...] no son sino verdaderos contratos para los cuales es exigible los requisitos

esenciales del artículo 1261 del CC de consentimiento, objeto y causa [...]”. (FJ 5)

Siendo ello así, “[...] cuando se produce alguna quiebra del convenio o contrato en aspectos que no afectan a su esfera jurídico-administrativa, ningún obstáculo se aprecia para que se aplique la doctrina del Derecho común en materia de contratos”. (FJ 5)

A ello añadió que:

“[...] no se aprecia impedimento alguno para que se aplique la doctrina jurisprudencial que ve factible la ruptura de la relación contractual cuando aparece un hecho sobrevenido e imprevisto que de modo definitivo impide el cumplimiento del contrato. Es lo que se denomina la ‘desaparición de la base del contrato’ o ruptura de la causa como finalidad común perseguida por los contratantes. La desaparición sobrevenida de la ‘causa’ supondría la desaparición sobrevenida de unos de los requisitos para la existencia del contrato.” (FJ 5)

En relación con el caso estudiado, el Tribunal advirtió que:

“[...] las cesiones de terrenos contenidas en el Convenio de 15 de julio de 1992 sólo tiene sentido y encuentran su causa en el marco del proceso de ejecución de la urbanización proyectada. Desaparecida de modo definitiva y completa la posibilidad de ejecutar la urbanización para la que se habían anticipado cesiones, desaparece totalmente la base negocial que la justificaba, quedando como prestación huérfana de causa.” (FJ 5)

En este sentido, el Tribunal señaló que:

“No puede argumentarse que la cesión devino irrevocable como si de una donación civil gratuita se tratase ya que en convenios urbanísticos como el que nos ocupa en absoluto existe *animus donandi* o de liberalidad.” (FJ 5)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“[...] efectuada la cesión de unos terrenos para facilitar la ejecución del planeamiento y las futuras compensaciones [...], la desaparición de la causa que le sirve de fundamento trae consi-

go la quiebra del contrato aun cuando ello no sea por razón imputable a unas de las partes contratantes —ya que en este caso se trataría de una resolución por incumplimiento—, por cuanto la ruptura del equilibrio bilateral de las prestaciones arrastraría un enriquecimiento injusto a favor de una de las partes contratantes que, sin nada a cambio, obtendría la titularidad de unos terrenos a costa, bien de los propietarios, o bien de la Administración autonómica que debería indemnizar, sin que ninguna de estas dos partes obtuviese contraprestación del Ayuntamiento que obtiene un beneficio patrimonial a cargo ajeno.” (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso contencioso-administrativo, declarando disconforme al ordenamiento jurídico el acto administrativo impugnado, y declarando resuelto el convenio de cesión de terrenos.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En similares términos, en un supuesto en que la alteración de planeamiento hacía inviable un plan parcial, ver la siguiente sentencia: STS de 7 de mayo de 1998.

En un supuesto de cesión anticipada de terrenos, ver la siguiente sentencia: STS de 2 de junio de 1999.

Declarando el sometimiento de los convenios urbanísticos a los requisitos del artículo 1261 del CC, ver las siguientes sentencias: STS de 30 de abril de 1979 y STS de 13 de julio de 1984.

Declarando que las circunstancias sobrevenidas e imprevistas que modifican la esencia de la base del contrato considerado, determinan la resolución como único medio de compensar el desequilibrio de las prestaciones y correlativo enriquecimiento injusto, ver las siguientes sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo: STS de 10 de febrero de 1997 (Aranzadi 1997/665) y STS de 23 de junio de 1996, entre otras.

Sobre la reversión de los terrenos, ver la siguiente sentencia: STS de 4 de diciembre de 1991 (Aranzadi 1991/9394).

Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Derecho de los concejales a acceder a los expedientes en poder de la corporación municipal. Derecho de participación en los asuntos públicos

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Telde no autorizó a un concejal C el “acceso indiscriminado a “todos los expedientes de ayudas de la concejalía de Asuntos Sociales” concedidos durante cierto mes.

Contra dicha resolución, C interpuso recurso contencioso-administrativo, con la pretensión de que se anulara la misma y se reconociera el “derecho de acceso sin limitación de tipo alguno de los expedientes”, por entender que la denegación ocasionaba una vulneración del derecho a participar en los asuntos públicos reconocido en el artículo 23 de la CE.

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Con carácter previo, el Tribunal analizó la petición de inadmisibilidad del recurso realizada por el Ayuntamiento de Telde, por considerar que el actor carecía de legitimación activa para la interposición de dicho recurso, por entender que “[...] sólo pueden recurrir los acuerdos que hayan votado en contra, lo cual significa [...] que únicamente son recurribles por un concejal los acuerdos de los órganos colegiados —Pleno y Comisión de Gobierno— pero no los actos de un órgano unipersonal como es el alcalde, de tal manera [...] que un concejal, como tal concejal, no dispone de otra forma para recurrir un decreto del alcalde

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Las Palmas. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1577/2000

FECHA: 24 de noviembre de 2003

RESOLUCIÓN: 657/2003

PONENTE: Ilmo. Sr. Nicolás Martí Sánchez

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Telde

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 23 de la CE, y artículo 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL)

DOCTRINA: Derecho de los concejales a acceder a los expedientes en poder de la corporación municipal. Derecho de participación en los asuntos públicos (FJ 4, 6 y 7)

que la de solicitar que se ponga en marcha la iniciativa del Sr. alcalde para declarar lesivo el decreto [...], proponiéndolo así al Pleno, con lo cual se abre la posibilidad de su impugnación jurisdiccional.” (FJ 4)

Sin embargo, el Tribunal apreció que se tenía que admitir dicho recurso, indicando al respecto que:

"[...] no se trata de la impugnación por un concejal de un acuerdo o decisión que se haya producido en la esfera de competencia de un órgano municipal en la gestión de los intereses del municipio sino de una decisión –en el presente supuesto, del alcalde a través de la concejala delegada del Área de Servicios Sociales– que tiene como contenido, y como destinatario e interesado directo y único, al concejal, en tanto que la declaración de lesividad como vía para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa está prevista para los actos lesivos para el interés público." (FJ 4)

En cuanto al objeto del recurso, esto es, si el alcalde tenía derecho a acceder a los expedientes indicados, el Tribunal recordó lo indicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el derecho de participación en los asuntos públicos reconocido por el artículo 23 de la CE, advirtiendo al respecto que:

"[...] el artículo 23.2 de la Constitución, en cuanto que reconoce a todos los ciudadanos el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes, garantiza no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que quienes han accedido a los mismos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga." (FJ 6)

Por su parte, "[...] el derecho a participar en asuntos públicos implica, con relación a los asuntos públicos municipales, que los concejales tengan acceso a la documentación y datos de que disponga la corporación a la que pertenecen". (FJ 6)

Asimismo, el Tribunal recordó que el hecho de que se tratara de un derecho de configuración legal implicaba que:

"[...] ha de actuarse de acuerdo con lo previsto por la ley, concretamente por los citados artículos 77 de la Ley de bases y 14 y siguientes del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales [...]". (FJ 6)

En consecuencia, "[...] la solicitud ha de formularse en la forma debida, de modo que pueda incluirse en el ámbito de dicho artículo 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, lo cual significa que el derecho de los concejales a obtener del alcalde antecedentes, datos o informaciones está concretada a los que obren en poder de los servicios de la corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función". (FJ 6)

En relación con este último requisito, el Tribunal recordó que el Tribunal Supremo indicaba que:

"[...] corre a cargo de la corporación probar que la finalidad perseguida por el concejal es otra distinta de la que vincula el derecho de información de los concejales a que su utilización tenga por finalidad el desarrollo de su función." (FJ 6)

Sentado lo anterior, en relación con el "derecho de los miembros de las corporaciones locales a obtener 'cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función'" (FJ 7), el Tribunal añadió lo siguiente

"[...] su titular no es cualquier ciudadano, los ciudadanos en general, sino quien tenga la condición de miembro de la corporación, elegido democráticamente. Por otra parte, lo que tienen derecho a conocer son datos –con independencia de la materia o área a que se refiera– que se encuentre en poder de los servicios de la corporación (como es el caso de los expedientes), y ello con una finalidad determinada: para permitir al miembro en cuestión (en el presente caso, concejal) desarrollar las funciones propias del cargo. No se trata de recabar información para difundirla, o por mera curiosidad, o para chismorreos, o para cualquier otro fin espurio, sino para un cabal conocimiento por el miembro de la corporación municipal, solicitante de los expedientes, de los datos precisos para el desarrollo de su labor de fiscalización y control de la actividad municipal." (FJ 7)

Entrando en el caso enjuiciado, el Tribunal advirtió que el concejal había efectuado la solicitud de forma debida, con lo que quedaba dentro del ámbito del artículo 77 de la LBRL, y tampoco se trataba de una petición genérica, sino que "aunque abarcaba una totalidad de expedientes, aparecían claramente concretados, y delimitado su contenido y período temporal". (FJ 7)

En consecuencia, el Tribunal concluyó lo siguiente:

"[...] ante la falta de prueba por parte del Ayuntamiento de que era otra la finalidad perseguida por el concejal don Carlos al solicitar el acceso a los referidos expedientes, y ser encuadrable la misma en el ámbito del citado artículo 77 de la susodicha Ley de bases, la no-concesión de la autorización requerida supuso una vulneración del derecho fundamental al que nos hemos referido –invocado por el demandante–, lo cual lleva consigo la estimación del recurso, anular la resolución recurrida y reconocer al actor el derecho a que se le dé acceso a los expedientes que indicó en su petición." (FJ 7)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Reconociendo la legitimación de los concejales para interponer el recurso contra la resolución del alcalde denegatoria del acceso a expedientes que se encuentren en el Ayuntamiento, ver las siguientes sentencias: STS de 9 de mayo de 1998 (Aranzadi 1998/4844); STS de 5 de noviembre de 1999 (Aranzadi 2000/2013); STS de 14 de marzo (Aranzadi 2000/3182); STS de 14 de marzo (Aranzadi 2000/4822); STS 25 de abril de 2000 (Aranzadi 2000/4825), y STS de 11 de octubre de 2002 (Aranzadi 2002/9982).

Sobre el derecho de participación en los asuntos públicos, ver las siguientes sentencias: STS de 9 de mayo de 1998 (Aranzadi 1998/4844); STS de 5 de noviembre de 1999 (Aranzadi 2000/2013), y STS de 11 de octubre de 2002 (Aranzadi 2002/9982).

Reconociendo el carácter de derecho de configuración legal, ver la siguiente sentencia: STC 32/1985, de 6 de marzo (Aranzadi 1985/32), entre otras.

Afirmando que el derecho a participar en asuntos públicos implica, con relación a los asuntos públicos municipales, que los concejales tengan acceso a la documentación y datos de que disponga la corporación a la que pertenecen, ver la siguiente sentencia: STS de 19 de julio de 1989 (Aranzadi 1989/5650).

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Acuerdo de modificación de un plan parcial. Supresión de la exigencia de un plan especial por un plan parcial. Aseguramiento por un plan parcial de la preservación, mantenimiento o recuperación de los hábitats de especies catalogadas

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Baracaldo aprobó de forma definitiva el expediente de modificación de un plan parcial. Una asociación ecologista interpuso un recurso de reposición contra el mismo. Dicho recurso fue desestimado, por lo que la mencionada asociación interpuso un recurso contencioso-administrativo, solicitando la nulidad del acuerdo mencionado.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Entre otros argumentos, los recurrentes solicitaban que se declarara la nulidad del mencionado acuerdo por la supresión de la exigencia de un plan especial para el desarrollo del plan parcial.

Al respecto, en relación con la necesidad de elaborar un plan especial, el Tribunal recordó que según el artículo 33.1 del RPU, el planeamiento detallado de los sistemas generales se debía realizar mediante planes especiales, “salvo que sea aconsejable su inclusión en la ordenación de los sectores a desarrollar por planes parciales”. En este sentido, el Tribunal recordó que “Lo dispuesto por los artículos 30.a) y 33.1 del Reglamento de planeamiento, así como por el artículo 31.4 del Reglamento de gestión urbanística, no tiene otro alcance que el de exigir un plan especial cuando las circunstancias concretas del sistema general lo hagan necesario”. (FJ 2)

En relación con la supresión de dicho plan especial, el Tribunal señaló lo siguiente:

“En el supuesto ahora considerado el plan parcial que se modifica mediante el acuerdo impugnado, remitía a un plan especial la ordenación de los sistemas generales. El motivo de la supresión, según resulta de la contestación a la demanda, es la ‘innecesariedad’ de la ulterior aprobación de un plan especial, porque el plan parcial contiene ‘las determinaciones necesarias para una regulación y ordenación completa’ de los sistemas generales.” (FJ 2)

Sin embargo, en el caso enjuiciado el Tribunal aclaró que “[...] no se cuestiona por la parte demandante que el plan parcial no contenga una ordenación detallada, sino que se imputan reproches procedimentales, y, fundamentalmente, que los estudios en los que se basa no se sometieron a exposición pública, aunque eran preexistentes a la aprobación del plan parcial, y, también, a la modificación aprobada”. (FJ 2)

Por ello, el Tribunal consideró que:

“El reproche se articula, en este motivo impugnatorio, en un plano formal, insuficiente para sustentar la pretensión anulatoria que se pretende, puesto que pudo existir y existió participación en el trámite alegatorio de la modificación del plan parcial que se cuestiona. Según resulta del informe obrante a los fundamentos 164 y siguientes del expediente administrativo, el plan especial se contemplaba inicialmente con la finalidad, entre otras, de justificar cómo a pesar de que el PGOU incumplía las recomendaciones del plan especial de prevención de inundaciones, no existía riesgo futuro; según resulta del informe el PGOU recogía la línea límite de áreas consideradas inundables, y el plan parcial asumía las determinaciones del estudio hidráulico del Río Galindo a su paso por el término municipal de Baracaldo, considerado incorporado al presente expediente.” (FJ 2)

En consecuencia, desestimó el motivo de casación mencionado.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Única. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 370/2002
RESOLUCIÓN: 649/2003

FECHA: 29 de septiembre de 2003

PONENTE: Ilma. Sra. Ana Rodrigo Landazabal

DEMANDADO: Ayuntamiento de Baracaldo

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 30.a) y 33.1 del Real decreto 2159/1978, de 23 de junio, Reglamento de planeamiento; artículo 12.5 de la Ley 22/1988, de costas (LC), y artículo 5 de la Ley 16/1994 de 30 de junio, de conservación de la naturaleza del País Vasco

DOCTRINA: Acuerdo de modificación de un plan parcial. Supresión de la exigencia de un plan especial por un plan parcial. Aseguramiento por un plan parcial de la preservación, mantenimiento o recuperación de los hábitats de especies catalogadas (FJ 2, 3 y 4)

Lo mismo sucedió con respecto a la alegación en cuya virtud procedía declarar la nulidad del acuerdo impugnado por “falta de aplicación de la legislación sectorial de protección del medio ambiente”. El recurrente consideraba que al tratarse la zona en cuestión de un área donde se dejaba sentir la influencia de las mareas era de directa aplicación la Ley de costas, habiéndose incumplido en lo relativo a las servidumbres de protección e influencia.

Al respecto, el Tribunal recordó que con posterioridad a la aprobación del citado acuerdo se había incoado expediente de deslinde para la determinación del dominio marítimo-terrestre en ese sector, con las consecuencias previstas en el artículo 12.5 de la LC, de suspensión del otorgamiento de concesiones y autorizaciones. Al respecto, el Tribunal advirtió que:

“Como resulta del estudio de los bienes y derechos de dominio público marítimo-terrestre a incluir en el deslinde provisional, [...] como consecuencia de las obras de encauzamiento realizadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 22/1988, de costas, [...] se ha producido un aumento de la sensibilidad mareal (variación del nivel del mar, aumento de salinidad y otros aspectos citados en el informe) que en la actualidad fundamentan la influencia mareal en zonas que anteriormente no estaban sometidas a ella, siendo la mayor dificultad para poder establecer una delimitación inequívoca del dominio público marítimo-terrestre en la zona la falta de parámetros y valores concretos recogidos en la legislación para cada uno de los criterios establecidos al definir el entorno como ‘eminentemente marino’, lo que puede inducir a diferentes apreciaciones o subjetividades en su apreciación.” (FJ 3)

Por ello, según el Tribunal:

“Aunque, como sostiene la parte recurrente, resultaría aplicable la Ley de costas, aunque no existiera deslinde marítimo-terrestre, si constara que el hecho de su existencia en el momento del acuerdo aprobatorio, la prueba practicada refleja la problemática de la constatación misma de que los terrenos colindantes al cauce del río Castaños no son dominio público hidráulico, sino dominio público marítimo-terrestre, por la dificultad de su determinación conceptual ante una realidad que se

modifica, y que explica que la influencia mareal no alcanzara hasta determinados puntos del cauce del río Castaños, y que obras posteriores hayan incrementado la penetración de la onda mareal por el nuevo cauce. Esto explica que al informar el PGOU la Administración de costas no efectuara alegación alguna respecto de este sector; que no se cuestionara el acuerdo de aprobación del plan parcial, y que esta realidad, sin embargo, se haya suscitado posteriormente.” (FJ 3)

Sin embargo, según el Tribunal:

“En cuanto aquí resulta relevante, lo que no puede concluirse es que existiera constancia, como realidad indubitada, cuando se aprobó el Acuerdo que ahora se impugna, de que los terrenos [...] eran dominio público marítimo-terrestre, y no dominio público hidráulico, por las características físicas del medio, y, por tanto sujetos a la Ley de costas y a sus servidumbres de protección. Es claro que cuando se adopta el acuerdo impugnado se tiene conocimiento, por la Administración municipal, de que pudieran reunir estas características, y que al adoptar el Acuerdo que se impugna se asume el ‘riesgo’ de que la normativa de planeamiento de desarrollo que se aprueba pudiera verse afectada posteriormente. Pero de ello no podría extraerse la conclusión de que se vulnera la Ley de costas, si no consta acreditado que, con anterioridad al acuerdo probatorio, existe constancia de la realidad física (en este caso, de que existen terrenos que son dominio público marítimo-terrestre) que constituye el presupuesto de aplicación de la normativa sectorial.” (FJ 3)

Finalmente, el recurrente hacía referencia a la existencia de unas zonas que deberían haberse considerado “zonas húmedas”, al margen de su inclusión en catálogos o inventarios. En este sentido, el recurrente consideraba que el “plan parcial debía haber considerado no sólo el cauce, sino también las zonas de encharcamiento permanente como ‘humedales’ a lo que le obliga la legislación de costas”.

En este sentido, el Tribunal advirtió al momento de adoptarse el acuerdo de modificación del plan parcial el Ayuntamiento tenía conocimiento del estudio de una consultora del que resultaban las siguientes conclusiones:

“a) que existe una zona húmeda de unos 25.000 m², el carrizal, dentro del sector; b) que en el mismo existe, al menos, una especie incluida en el Catálogo Vasco de Especies Amenazadas, el carricero común, catalogada como ‘rara’.” (FJ 4)

Sin embargo, dicho acuerdo “[...] mantiene las determinaciones urbanísticas que conllevan la supresión o eliminación del

‘carrizal’, sin que se aporte justificación alguna, más allá de la que resulta del hecho de que no se extraiga ninguna conclusión, y que implica la irrelevancia que se otorga al informe”. (FJ 4)

Dicho esto, el Tribunal recordó que el artículo 5 de la Ley 16/1994, de 30 de junio, de conservación de la naturaleza del País Vasco establece que “Los instrumentos de planeamiento territorial y urbanístico asegurarán la preservación, mantenimiento o recuperación de los hábitats de las especies catalogadas, justificando los casos en que sea necesario limitarlos”. (FJ 4)

Por lo expuesto, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“La Administración municipal no actuó conforme a derecho, puesto que a la vista del informe, y obligada a velar dentro del ámbito de sus competencias, por la gestión de los recursos naturales existentes, y que exigen una actuación basada en el principio de coordinación entre las administraciones públicas, debió cuando menos someterlo al criterio del órgano medioambiental sectorialmente competente, y no adoptar los sucesivos acuerdos como si dicho informe (y sus conclusiones) no existiese, sin que se contenga en el trámite seguido ninguna referencia a su existencia lo que explica que no se incluya en el expediente administrativo, y a las razones que llevaron a que la Administración municipal acuerde la aprobación de un plan parcial que conlleva la supresión de la zona húmeda y del hábitat de una especie catalogada, sin participación alguna de la Administración sectorial competente.” (FJ 4)

En consecuencia, el Tribunal estimó dicho motivo de impugnación y, por tanto, el recurso contencioso-administrativo, declarando la nulidad del acuerdo impugnado.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre la protección de humedales, ver la siguiente sentencia: STS de 7 de noviembre de 2003.

Sobre los planes especiales para desarrollo de sistemas generales, ver la siguiente sentencia: STS de 17 de abril de 1999 (Aranzadi 1999/3785).

Declarando que es innecesario el desarrollo de las determinaciones del plan general mediante planes parciales cuando aquéllas sean suficientemente detalladas y minuciosas, ver las siguientes sentencias: STS de 17 de junio de 1985 (Aranzadi 1985/4130); STS de 27 de abril de 1993 (Aranzadi 1993/6364), y STS de 4 de diciembre de 1998 (Aranzadi 1998/10169).

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Acoso moral de un superior jerárquico a una funcionaria. Derecho a la intimidad y dignidad personal y derecho a la integridad física

SUPUESTO DE HECHO

Doña M había trabajado para el Ayuntamiento de Fuenlabrada como auxiliar administrativo, pasando con posterioridad a formar parte de la plantilla como funcionaria de empleo eventual. Tras la resolución desestimatoria presunta de la reclamación previa a la vía judicial en materia de tutela de derechos fundamentales, interpuso recurso contencioso contencioso-administrativo, por considerar que se habían vulnerado los derechos contenidos en los artículos 10.1, 14, 15 y 18 de la CE.

Doña M se consideraba víctima de una situación de intenso cerco y control personales, en el desenvolvimiento de su prestación, siendo dicha situación protagonizada y provocada por la actitud y comportamiento hacia su persona por parte de C quien en su calidad de presidente de un grupo político, y superior inmediato jerárquico de la recurrente, había mantenido una actitud insidiosa hacia su persona, haciéndole partícipe de las intrigas políticas del grupo, instándola de manera insistente a

ÓRGANO: Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 15 de Madrid. Jurisdicción contencioso-administrativa

FECHA: 24 de octubre de 2003

DEMANDANTE: Funcionaria de empleo eventual del Ayuntamiento de Fuenlabrada

DEMANDADO: Ayuntamiento de Fuenlabrada

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 10.1, 14, 15 y 18 de la CE

DOCTRINA: Acoso moral de un superior jerárquico a una funcionaria. Derecho a la intimidad y dignidad personal y derecho a la integridad física (FJ 9, 10, 11 y 12)

“espíar a determinados individuos integrantes del grupo, debiendo reportarle los resultados de esa actividad, amones-

tándole airada y violentamente cuando ha mantenido contacto con ciertas personas, insistiendo en afiliar a personas al Partido Popular, etc. Todo ello siempre bajo la explícita amenaza de la pérdida de su puesto de trabajo, y refiriéndose a la obligatoriedad de abordar una serie de cometidos por completo ajenos al contenido prestacional de su contrato”.

Asimismo, ésta alegaba que la persona indicada la había obligado a permanecer por las tardes en la sede de su partido, teniendo que acometer las tareas de limpieza y mantenimiento de dicha sede, en vez de “repcionar y hacer atender visitas y llamadas telefónicas”, como había informado C.

Finalmente, ésta declaraba que C había venido “profiriendo una serie de comentarios e indicaciones ‘subidas de tono’, de explícito contenido sexual y de patente mal gusto, que demuestran, además de una absoluta falta de respeto hacia su persona una desconsideración a las más elementales reglas de cortesía y educación pudiendo ser incluso constitutivas de injurias y vejaciones de tipo penal”.

Finalmente, M indicaba que dicha situación le había acarreado “una serie de trastornos de tipo psicosociológico o psicosomático, tales como sentimientos de frustración y culpabilidad, pérdida de autoestima crisis de ansiedad, súbitas subidas de la tensión arterial e incluso la necesidad de pasar por baja médica por incapacidad temporal, por ‘incipiente cuadro ansioso-depresivo’”.

Por lo expuesto, M solicitaba que se declarara la vulneración de los derechos invocados, se decretase el cese de la situación de acoso moral a la que había estado sometida y se condenara al Ayuntamiento de Fuenlabrada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos, así como a abonar a la recurrente por los daños y perjuicios sufridos la cantidad de 22.806,08 €, con imposición de costas a la demandada.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de la Comunidad de Madrid estimó parcialmente el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Con carácter previo, el juez estudió si efectivamente el Ayuntamiento gozaba de legitimación pasiva, llegando a la conclusión de que efectivamente. Al respecto, señaló lo siguiente:

“[...] el Ayuntamiento aquí demandado viene legitimado pasivamente pues de lo que trata este recurso es de un posible daño causado a una trabajadora a su servicio, nombrada por el Ayuntamiento que se encuentra bajo la jefatura superior del alcalde, cuya nómina le abona el Ayuntamiento que es el empleador, que forma parte del ‘personal al servicio de la entidad local’, y frente a ella, el Ayuntamiento ostenta la obligación de velar por el cumplimiento de la legislación vigente en materia de los derechos de los trabajadores, y en concreto de garantizar la aplicación de los términos previstos en la Ley de protección frente a los riesgos laborales. En definitiva, existiría una responsabilidad del Ayuntamiento, por mucho que sus autoridades estuvieran alejadas de la realidad diaria dado que los hechos ocurren en el seno del consistorio.

[...]

“Descrito así el fenómeno resulta evidente que su desarrollo se lleva a cabo a través de las relaciones interpersonales que crea el contexto del trabajo y, por tanto, sus formas de expresión, presentan múltiples conexiones con la relación jurídica que entre empresario y trabajador configura el contrato laboral. En unos casos el empresario puede ser sujeto activo del acoso y en otros espectador, no por ello exento de responsabilidad, de situaciones entre compañeros de trabajo vinculados o no jerárquicamente en las que se cause por una persona o incluso por el colectivo, ese hostigamiento a un determinado trabajador.” (FJ 9)

Entrando en el fondo del asunto, el Tribunal advirtió de “[...] las dificultades probatorias del acoso sexual en el trabajo, ya que

por lo general se lleva a cabo en un marco de clandestinidad o cuando menos no se acompaña de publicidad [...]”. (FJ 10)

A continuación, el juez procedió a analizar si se daban los elementos definidores del acoso sexual, indicando que, según sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, éstos eran “conducta con tendencia libidinosa [...] no deseada por la destinataria y [...] lo suficientemente grave por su intensidad, reiteración y efectos sobre su relación laboral”. (FJ 11)

En relación con el caso enjuiciado, el juez entendió que:

“[...] los frecuentes comentarios que el Sr. C, dirigía a la actora y que tenían contenido sexual constituyen una conducta que ha de ser considerada como de acoso sexual, (tuvieran o no como intención el obtener un contacto sexual) o que unidos a los demás hechos probados aislamiento, asignación de funciones ajenas a su puesto de trabajo trato discriminatorio y grosero) pudieran constituir acoso moral.” (FJ 11)

A lo anterior, añadió que:

“[...] dichos comentarios sólo pueden caracterizarse como ‘sexistas’, y descalificadores, en los que la mujer no es considerada más que como un objeto sexual. En definitiva, se trata de la consideración al empleado como una de sus ‘cosas’, sin que se tenga en cuenta en el trato con él su sensibilidad o susceptibilidad, lo que no puede más que tener efectos perniciosos en la salud mental, generando un clima de hostilidad.” (FJ 11)

En este sentido, el juez recordó lo declarado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que en su momento había declarado en un supuesto similar que:

“No estamos ante un supuesto en el que la actuación denunciada se limite a las simples bromas, chanzas y comentarios de mal gusto que pueden darse con más o menos frecuencias en los centros de trabajo, sino ante una conducta reiterada, persistente e individualizada, en el ámbito físico de una pequeña tienda en la que únicamente prestan servicios los dos litigantes, afectando, por ello, de forma especialmente grave al normal cumplimiento de la prestación laboral, al crearse un clima desagradable, incómodo, hostil, ofensivo y humillante, que incidió en el equilibrio psicológico de la trabajadora, provocándole una importante situación de estrés que la obligó a recibir tratamiento de psicoterapia.” (FJ 11)

Asimismo éste advirtió que se estaba ante una “interacción asimétrica” [...] una relación jerárquica en la que no resulta posible poner límite a la ‘omnipotencia del otro’”. (FJ 11)

Dicho esto, el Tribunal advirtió que era indiferente la intención de C, por cuanto “[...] el acoso sexual ambiental se produce ‘cuando el sujeto activo crea un entorno laboral infraudatorio, hostil o humillante para el trabajador, sin que ello conlleve una específica repercusión en la permanencia en el trabajo o en las condiciones laborales de la persona afectada’”. (FJ 11)

En concreto, el juez consideraba que la conducta indicada se podía considerar “acoso moral”, pues:

“Entre las conductas de persecución psicológica o acoso moral se encuentran las que pretenden atentar contra la reputación de la víctima (ridiculizándola públicamente por múltiples causas), contra el ejercicio de su trabajo (encomendándole tareas de excesiva dificultad, o trabajo en exceso o recriminándole por unos supuestos malos resultados de su tarea) o, como puede considerarse en el presente caso, manipulando su comunicación e información con los demás compañeros o sus superiores.” (FJ 11)

Por lo expuesto, el juez entendió que quedaba suficientemente acreditada la situación de acoso, “[...] constituida por una serie de comportamientos, actitudes, modalidades de trato, que en una por una consideradas no serían reprochables pero que en su conjunto, y puesto que se han dado a lo largo de un lapso largo (un año) y no eran aceptadas por su destinataria, configuran la figura de creación jurisprudencial”. (FJ 11)

En cuanto a la existencia de nexo causal entre la situación de acoso y los padecimientos de la actora, el juez entendió acreditado que M estaba en una situación de “malestar por la presión creada, manifestada en llanto y nervios”, como constaba en los informes médicos aportados.

Finalmente, en relación con la posible vulneración de los derechos contemplados por los artículos 10 y 14 de la CE, el juez entendió que no habían sido vulnerados.

Por lo expuesto, el Tribunal estimó en parte la demanda, por considerar vulnerados los derechos recogidos en los artículos 15 y 18 de la CE (intimidad y dignidad personal e integridad física), condenando al Ayuntamiento al pago a la actora de una indemnización de 17.105 € (cifra inferior a la solicitada por considerar probado que el período de tiempo en que se había sufrido el acoso era inferior al invocado por la demandante), sin expresa condena en costas.

E) Jurisdicción civil

Audiencia Provincial de Orense. Titularidad de montes comunales

SUPUESTO DE HECHO

El juzgado de primera instancia correspondiente otorgó a una comunidad de montes vecinales la titularidad de ciertos montes cuya titularidad estaba en disputa con otra comunidad, que interpuso recurso de apelación contra la misma.

La Audiencia Provincial de Orense desestimó el recurso, confirmando la resolución recurrida y con imposición de costas a la parte apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal hizo referencia a la jurisprudencia en relación con la titularidad de los montes comunales, en cuya virtud:

“[...] la atribución dominical a un determinado grupo de vecinos, cuando tal atribución se discute, viene determinada por el aprovechamiento consuetudinario del monte, lo cual se traduce en una cuestión probatoria acerca de tal aprovechamiento.

“El título de dominio debe abarcar el hecho de que los montes o la parte de ellos que se reclama ‘se vengán aprovechando consuetudinariamente en régimen de comunidad sin asignación de cuotas por los miembros de aquélla’.” (FJ 2)

En relación con los elementos característicos de los montes vecinales, la Audiencia declaró que:

“[...] son elementos característicos de los montes vecinales en mano común, de conformidad con los artículos de la Ley 13/1989 y 14 de la Ley 4/1995, su pertenencia a agrupaciones vecinales en su calidad de grupos sociales y no como entidades administrativas y su aprovechamiento consuetudinario por los miembros de aquéllas en su condición de vecinos con casa abierta y con humo, ha de descartarse cualquier tipo de vinculación con la organización administrativa territorial del Estado y poner al tiempo de relieve su relación con colectividades sociales menores –parroquias, lugares, caseríos, etc.– cuyos asentamientos pueden coincidir, pero no necesariamente, con las demarcaciones territoriales de los municipios, recordando al efecto que el empleo de la palabra vecino por los artículos mencionados no se identifica con el concepto administrativo de vecindad.” (FJ 2)

Sentado lo anterior la Audiencia concluyó lo siguiente:

“[...] atendiendo a que las clasificaciones administrativas de los montes no afectan a la verdadera titularidad de los mismos y considerando que el título de dominio a ofrecer por el reivindi-

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre el delito de acoso sexual, ver la siguiente sentencia: STS de 7 de noviembre de 2003.

Haciendo referencia a la dificultad probatoria del acoso sexual y moral, ver las siguientes sentencias: STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2002 (Aranzadi 2002/2881) y STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, 6797/2001, de 4 de septiembre (Rollo núm. 9349/2000) (Aranzadi 2001/3204).

Sobre el acoso sexual, ver las siguientes sentencias: STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2002 (Aranzadi 2002/2417); STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2001 (Aranzadi 2001/1661); STSJ de Andalucía de 6 de abril de 1998 (Aranzadi 1998/2255); STSJ de Valencia de 25 de septiembre de 2001 (Aranzadi 2001/548), y STS de 6 de marzo de 2002.

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Orense. Sala de lo Civil. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 288/2002

RESOLUCIÓN: 431/2003

FECHA: 16 de septiembre de 2003

PONENTE: Ilmo. Sr. Fernando Alañón Olmedo

DOCTRINA: Titularidad de montes comunales (FJ 2 y 4)

cante de un monte comunal se concreta en el aprovechamiento real y efectivo del espacio reclamado, no acreditando la parte demandada tal circunstancia, ni directamente ni a través de medios indiciarios, no cabe sino rechazar plenamente la demanda planteada confirmando la resolución recurrida, acogiendo los razonamientos de la misma cuyo contenido se da por reproducido.” (FJ 4)

En consecuencia, la Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia del juzgado de primera instancia correspondiente, con imposición de costas en alzada a la parte apelante.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En relación con la titularidad de montes comunales en Galicia, ver las siguientes sentencias: STSJ de Galicia de 23 de diciembre de 2001 (Aranzadi 2002/6969); STSJ de Galicia de 8 de febrero de 2000 (Aranzadi 2000/4237); STS de 17 de febrero de 1999 (Aranzadi 1999/4618).

Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Apertura de huecos en una pared usada como frontón. Limitaciones al ejercicio de la voluntad. Buena fe. Prohibición de ir contra los propios actos

SUPUESTO DE HECHO

La propietaria de una casa, cuya pared norte se venía usando “desde tiempo inmemorial” como frontón, solicitó en tres ocasiones al concejo correspondiente licencia para la ejecución de unas obras en dicha pared, consistentes en la obertura de tres huecos. Dicha licencia fue denegada dado el “uso público” de dicha fachada. Contra el último acuerdo denegatorio, la mencionada propietaria interpuso recurso contencioso-administrativo, solicitando su anulación y la emisión del correspondiente informe técnico del ayuntamiento. El técnico municipal emitió informe favorable a la concesión de la licencia “sin perjuicio de los derechos civiles que pueda contravenir dicha licencia e independientemente de otros permisos que pudiera necesitar para llevar a cabo la ejecución de las obras”. Tras ello, el tribunal de lo contencioso-administrativo correspondiente dictó auto declarando terminado el recurso y el concejo admitió la solicitud.

Estando el recurso contencioso-administrativo pendiente de conclusión, el concejo indicado interpuso juicio verbal “en ejercicio de una acción para retener el derecho de uso sobre propiedad ajena”. El juzgado de primera instancia admitió la demanda, declarando haber lugar a retener el derecho de uso y condenando a la demandada a reintegrar en dicha posesión al concejo y absteniéndose de realizar en dicha pared actos u obras que impidieran la práctica del mencionado juego, debiendo reponer las a su al estado anterior, condenando en costas a la demandada.

Contra el mismo, la demandada interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Navarra, que estimó la demanda, con imposición de las costas procesales causadas en primera instancia al concejo. La Audiencia consideró que la situación posesoria invocada por el concejo no era amparable por cuanto, en virtud de sus propios actos (otorgamiento de licencia de obras) había dado “cobertura jurídica” al acto en el cual en ese momento de estaba materializando la perturbación posesoria que éste imputaba a la demandada, lo que contradecía las exigencias institucionales para el ejercicio de los derechos regulados en la Ley 17 del fuero navarro.

Contra dicha resolución, el concejo interpuso recurso de casación alegando la oposición de la sentencia de instancia de la jurisprudencia relativa a la doctrina de los actos propios. Éste invocaba la infracción de la Ley 17 del fuero de Navarra que contempla la buena fe como límite al libre ejercicio de los derechos y da soporte ala doctrina de los actos propios, alegando que “en el otorgamiento de la licencia no actuó con la libertad de criterio y voluntad que estos actos y su efecto vinculante requieren, según la jurisprudencia que se cita, si se tiene en cuenta que la disposición de esta entidad al respecto quedó patente en los tres acuerdos denegatorios de la licencia”.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra estimó parcialmente el recurso, revocando en parte la sentencia dictada en primera instancia.

Recaída la sentencia, la parte actora solicitó que el Tribunal aclarara el alcance de la resolución, siendo dicha petición rechazada, declarando el Tribunal no haber lugar a la aclaración del fallo de la sentencia solicitado por el concejo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó en primer lugar el alcance de la doctrina de los “actos propios” y la libertad de actuación de su autor. A tal efecto, recordó la jurisprudencia en relación con la Ley 17 del fuero nuevo de Navarra acerca de la buena fe como límite al libre ejercicio de la voluntad, declarando lo que sigue:

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Sala de lo Civil y Penal. Sección Única. Jurisdicción civil. Recurso de casación núm. 27/2003

RESOLUCIÓN: 46/2003

FECHA: 17 de octubre de 2003

PONENTE: Ilmo. Sr. Francisco Javier Fernández Urzainqui

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Ley 17 del fuero de Navarra

DOCTRINA: Apertura de huecos en una pared usada como frontón. Limitaciones al ejercicio de la voluntad. Buena fe. Prohibición de ir contra los propios actos (FJ 3 y 4)

“[...] entre las limitaciones a que la Ley 17 del fuero nuevo de Navarra sujeta el libre ejercicio de los derechos figuran en lugar destacado de la relación legal las ‘exigidas [...] por la buena fe’. A la hora de determinar el significado y alcance de este límite, la jurisprudencia ha señalado que se falta a la buena fe cuando ‘se va contra la resultancia de los propios actos’ [...] y, más en particular, que actúa contra ella quien ejercita un derecho en contradicción con el sentido que objetivamente cabía atribuir a su anterior conducta, defraudando la confianza generada en otro con el que se encuentra en relación e infringiendo con tal proceder el deber general de lealtad y coherencia exigible en el tráfico jurídico.” (FJ 3)

En relación con los requisitos exigibles para que se entienda que falta la buena fe, el Tribunal, siguiendo la mencionada jurisprudencia, declaró que:

“Para que tal contradicción sea apreciable es preciso, en el plano objetivo, que entre la conducta anterior y la pretensión o el ejercicio del derecho que se dice opuesto a ella exista una patente incompatibilidad, atendido el significado concluyente, indubitado e inequívoco objetivamente atribuible a los actos realizados o el comportamiento desplegado con anterioridad [...] en el sentido de crear, definir, modificar, esclarecer o extinguir una determinada relación o situación jurídica afectante a su autor [...]; y, en el plano subjetivo, que esa conducta anterior objeto de confrontación haya sido realizada, en palabras de la jurisprudencia, con plena conciencia [...], en un ambiente de plena y absoluta libertad de actuación [...], con plena libertad de criterio y voluntad no coartada [...], con voluntad libre [...] o merced a una determinación espontánea y libre de la voluntad [...].” (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal procedió a analizar si se daban los elementos necesarios para que se pudiera entender que el concejo había faltado al requisito de la buena fe. Para ello, en primer lugar valoró si se había producido incompatibilidad o contradicción de sus conductas. Al respecto, éste declaró que:

“Ni el otorgamiento de la licencia de obras en virtud del informe favorable emitido por el Ayuntamiento del Valle, ni la solicitud de archivo del proceso contencioso-administrativo pedida en su contemplación, representan la luz de la doctrina expuesta, un acto propio que, en obligada coherencia con su objetivo significado, impida al concejo demandante ejercitar en este proceso civil las acciones dirigidas a tutelar la posesión o el uso de la fachada [...]. Es más, atendido el carácter civil del derecho de que aquel ejercicio es manifestación posesoria [...] y la naturaleza reglada de las licencias urbanísticas, en cuanto actos de

control del ajuste de las obras proyectadas a la normativa urbanística de aplicación, sin consideración a eventuales derechos de naturaleza civil, la interposición de la demanda civil de tutela sumaria de la posesión que los vecinos del lugar han venido disfrutando lo de la demanda civil declarativa del derecho real de uso o aprovechamiento parcial que eventualmente la sustenten era la única alternativa con que el Concejo contaba para la defensa de la posesión —o del derecho real, en su caso— de sus vecinos frente a unas obras que, aun ajustadas a la normativa urbanística, habían de perturbar o cercenar su ejercicio.” (FJ 3).

Por ello, el Tribunal entendió que:

“No existe pues incompatibilidad o contradicción alguna entre el otorgamiento de la licencia urbanística solicitada y la iniciación por el concejo otorgante de un proceso civil en defensa de la posesión vecinal alterada o amenazada por las obras licenciadas.” (FJ 3)

En relación con la posible existencia de un cambio de voluntad del autor, el Tribunal declaró que:

“[...] en el otorgamiento de la licencia solicitada no se descubre un efectivo cambio de voluntad o de disposición sobre la defensa del uso vecinal de la fachada de la casa como frontón respecto de las reiteradamente reflejadas en sus acuerdos denegatorios [...], sino únicamente un obligado sometimiento a la legalidad administrativa que lo hacía ineludible, [...] cuando el informe preceptivo y vinculante del Ayuntamiento fuera —como en el caso de autos fue— favorable al otorgamiento, por la conformidad de la solicitud al planeamiento urbanístico.” (FJ 3)

Por ello, entendió que:

“No puede decirse pues, contra lo que reclama la doctrina prohibitiva de la contradicción con los propios actos y exigen la doctrina y la jurisprudencia, que en el otorgamiento de la licencia actuara el concejo [...] con plena libertad de criterio y actuación, con voluntad no coartada, o merced a una determinación espontánea y libre.” (FJ 3)

Tampoco apreció el Tribunal que la actuación del concejo pudiera inducir a la beneficiaria de la autorización a error. En este sentido, el Tribunal declaró que:

“[...] ni los términos de la licencia, ni los actos anteriores, coetáneos y posteriores a su otorgamiento pudieron tampoco inducir a error a su beneficiaria sobre el alcance de la autorización y llevar a su ánimo la convicción o impresión de un cambio de voluntad o de disposición del concejo en relación al uso vecinal de la pared, impeditivo de la acción posesoria ejercitada [...] la licencia se otorgó ‘salvo el derecho de propiedad, sin perjuicio de los derechos civiles que pueda contravenir dicha licencia e independientemente de otros permisos que pudiera necesitar para llevar a cabo la ejecución de las obras’. Pero, además, tan pronto como el concejo anuló el último acuerdo denegatorio de la licencia [...], se dirigió su presidente al juzgado de lo contencioso-administrativo que conocía del recurso [...] explicando que ‘el motivo por el cual este concejo denegó la licencia de obras sin el informe previo del Ayuntamiento fue simple y llanamente porque (entendía) que sería actuar de mala fe el tramitar la solicitud, concederle si fuera el caso la licencia y en el momento de iniciar las obras paralizarlas por encontrarse dicha vivienda afectada por una servidumbre que impide realizar dichas obras’. Con tal escrito dejó pues patente el concejo que su oposición a las obras no se derivaba de impedimentos urbanísticos sino de consideraciones de Derecho civil que —no ocultaba— estaba dispuesto a hacer valer aun en el caso de ser procedente su licencia administrativa.” (FJ 3)

Por lo expuesto, el Tribunal entendió que procedía estimar el motivo y, en consecuencia, la casación, por oponerse la sentencia recurrida “a la doctrina prohibitiva de la contradicción con los propios actos, y a la jurisprudencia que la ha desarrollado”.

En cuanto a la necesidad de garantizar la tutela posesoria del uso, el Tribunal declaró que:

“[...] la prueba practicada en este proceso revela la realidad y antigüedad del ejercicio o disfrute de las utilidades que le son propias, con rasgos que lo sitúan más allá de la mera tolerancia de los propietarios de la casa que lo ha soportado. Se hallan, por consiguiente, los vecinos de Atallu investidos de una posesión en sí misma tutelable con el carácter precautorio que a este proceso corresponde.” (FJ 4)

Por su parte, en cuanto a la posibilidad de que las obras supusieran una perturbación de la posesión y la necesidad de intervenir al respecto, éste declaró que:

“El proyecto licenciado y el decidido propósito de llevarlo a cabo constituye [...] una amenaza evidentemente inquietadora o perturbadora de la posesión de que aquéllos venían gozando; una amenaza que justifica la acción judicial de su concejo y el mantenimiento del *statu quo* existente, en tanto no se dilucide en el juicio plenario correspondiente el derecho que a las partes pueda en definitiva asistir para su conservación o alteración.” (FJ 4)

Por ello:

“[...] la mera obtención de la licencia urbanística, otorgada ‘sin perjuicio de los derechos civiles que pueda contravenir’, no dota al proyecto licenciado de una protección jurídica que prive de tutela posesoria al uso de hecho por los vecinos de la pared afectada por las obras licenciadas, al no constar tampoco que la normativa urbanística del Valle —de la que ninguna constancia existe en los autos— haya introducido alteraciones en estos usos tradicionales de los espacios afectos a ellos.” (FJ 4)

Sin embargo, en cuanto al alcance de la tutela que el tribunal podía otorgar en ese supuesto, éste declaró lo siguiente:

“Ejercitada en la demanda una ‘acción para retener’ el uso de la pared de la casa de la demandada, sin que en el relato fáctico de la demanda se contenga referencia alguna a la realización o iniciación de las obras que inquietan la posesión de los vecinos del lugar, procede limitar los pronunciamientos de la parte dispositiva a los que son propios de la acción de retener —el requerimiento de abstención de cualquier acto de perturbación y el apercibimiento de las consecuencias a que hubiere lugar—, rechazando los correspondientes a la de recobrar que, juntamente con ellos —y no de forma alternativa o subsidiaria—, se postulan en el suplico de la demanda, lo que se traduce en una estimación parcial y no total de la pretensión actora.” (FJ 4)

SOLICITUD DE ACLARACIÓN DEL ALCANCE DE LA SENTENCIA

Una vez recaída sentencia, la parte actora solicitó al Tribunal que aclarara “[...] si la abstención de actos perturbadores de la posesión se refiere a actuaciones futuras o comprende el cierre de los huecos de ventana que ya ha abierto”. Al respecto, ésta indicó que “[...] —contra lo que erróneamente se dice para rechazar la acción de recobrar la posesión— el inicio de su apertura aparecía ya afirmado en la demanda y ha sido pacífico a lo largo del proceso”. Por ello se solicitaba que “[...] subsanando el error padecido, se incluya en la requerida abstención el cierre de los huecos que originan la perturbación”.

En este sentido, recordó la diferencia entre las acciones de retener y recobrar la posesión, indicando que:

“La primera supone la existencia de una mera perturbación en la posesión que, sin llegar a privar al poseedor de su disfrute, le incomoda o inquieta en su ejercicio o le hace temer fundadamente por su pérdida, se dirige a mantenerle en la posesión de que quieto y pacíficamente venía gozando, con el simple requerimiento al demandado para que cese en su actuación perturbadora y se abstenga de proseguir con ella en el futuro. La segunda supone [...] la consumación de la lesión posesoria mediante el despojo, la privación o pérdida material de la posesión, que impide total o par-

cialmente su ejercicio, y se dirige a reponer al poseedor en ella, restaurando el statu quo antes alterado por la acción.”

Por su parte, en cuanto al ejercicio simultáneo de ambas acciones, éste recordó que “la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado de manera generalizada por la inadmisibilidad de su ejercicio simultáneo, imponiendo al actor la elección de la pretensión que corresponda a la situación de hecho padecida, aunque admitiendo para los supuestos fronterizos o más dudosos la posibilidad de su acumulación alternativa o subsidiaria [...]”.

Por ello, la sala entendió que:

“Considerando pues la sala que la acción ejercitada en la demanda era, tal como en ella se anunciaba, la de retener la posesión, no ha tenido otra opción que la de limitar los pronunciamientos del fallo estimatorio de esta pretensión a los que legalmente convienen al mantenimiento de la posesión perturbada y son propios de acción posesoria deducida, esto es, al requerimiento de la demandada [...]”.

En relación con la acción que habría interpuesto la parte actora, el Tribunal entendió que:

“En el escrito pidiendo la aclaración de la sentencia la parte que la solicita parece dar por supuesto que ejercitó —no se aclara si solamente o conjuntamente— una ‘acción de recobrar la posesión’ que, a partir de la constancia de la iniciación de las obras y su pacífica aceptación en los autos, debió conducir con su estimación a la condena de la demandada a ‘cerrar los huecos’ que impiden el juego de la pelota.”

Sin embargo, este advirtió que:

“Con la pretendida inclusión de esta condena en la abstención requerida, más que pedir la aclaración de la sentencia, la representación del concejo demandante y recurrente en casación está solicitando una rectificación del fallo que permita a su amparo deshacer las obras que la demandada hubiera llevado a cabo con lesión de su derecho posesorio; una pretensión a todas luces inviable, no sólo porque en este momento procesal pugna con el principio de intangibilidad de las sentencias judiciales firmadas (artículos 267.1 de la LOPJ y 214.1 de la LECiv/2000), sino también porque [...] la reposición en la posesión eventualmente alterada por la ejecución de una obra nueva de cierta entidad ya iniciada al tiempo de interponerse la demanda no es alcanzable en Derecho, mediante la condena a deshacer lo indebidamente ejecutado o realizado, a través de una acción de tutela sumaria de la posesión dirigida a recobrarla.”

Por lo expuesto el Tribunal concluyó lo siguiente:

“Es por lo expuesto claro, y no necesita por ello aclaración el fallo en tal sentido pronunciado, que el requerimiento de abstención de sucesivas perturbaciones acordado en correspondencia con la naturaleza y finalidad típicas de la acción ejercitada, no incluye, ni autoriza a instar en ejecución de la sentencia, el cierre de los huecos de ventana que la demandada hubiera podido abrir en la pared posterior de su casa con la obra eventualmente ejecutada en el curso de este proceso, ya se iniciara con posterioridad a su planteamiento o en los días inmediatamente anteriores a su interposición.”

En consecuencia el Tribunal resolvió no haber lugar a la aclaración de la sentencia.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Haciendo referencia a la buena fe como una de las limitaciones a las que la Ley 17 del fuero nuevo de Navarra sujeta al ejercicio libre ejercicio de los derechos, ver las siguientes sentencias: STSJ de Navarra de 28 de noviembre de 1997 (Aranzadi 1997/8277); de 12 de febrero de 1998 (Aranzadi 1998/1713), y de 6 de octubre de 2003.

Sobre la doctrina de los “actos propios”, ver las siguientes sentencias: STSJ de Navarra de 29 de enero de 1965 (Aranzadi 1965/262); de 21 de septiembre de 1987 (Aranzadi 1987/6186), y de 2 de febrero de 1996 (Aranzadi 1996/1081), del Tribunal Supremo.

En relación con los requisitos exigibles a la buena fe, ver las siguientes sentencias: En el plano objetivo: STS de 9 mayo de 2000 (Aranzadi 2000/3194); STS de 24 de mayo de 2001 (Aranzadi 2001/3379); STS de 25 de enero (Aranzadi 2002/2302); STS de 2 de julio de 2002 (Aranzadi 2002/5834); STS de 20 de febrero de 1990 (Aranzadi 1990/705); STS de 13 de junio de 2000 (Aranzadi 2000/5732); STS de 24 de abril de 2001 (Aranzadi 2001/2397); STS de 20 de junio de 2002 (Aranzadi 2002/5230); STS de 28 de octubre de 1999 (Aranzadi 1999/9744). En el plano subjetivo: STS de 17 de noviembre de 1994 (Aranzadi 1994/8841); STS de 9 de mayo de 2000 (Aranzadi 2000/3194); STS de 26 de julio de 2002 (Aranzadi 2002/8550); STS de 13 de marzo de 2003; STS de 8 de marzo de 1997; STS de 14 de febrero de 1984; STS de 4 de marzo de 1985 (Aranzadi 1985/1107); STS de 16 de octubre de 1987, y STS de 20 de diciembre de 1996 STS de 3 de mayo de 1997 (Aranzadi 1997/4466); STSJ de Navarra de 12 de febrero de 1998 (Aranzadi 1998/1713) y STS de 27 de enero de 1966 (Aranzadi 1966/135).

Audiencia Provincial de Barcelona. Inserción de una explotación hotelera en parte de un edificio destinado mayoritariamente a un uso residencial privado. Actividades no permitidas en propiedad horizontal

SUPUESTO DE HECHO

Una comunidad de propietarios interpuso una demanda contra las empresas explotadoras de varios “apartamentos turísticos” con motivo de las molestias que causaban la presencia en los pasillos, ascensores y vestíbulo el material de limpieza y los accesorios de preparación los mismos. La comunidad solicitaba el cese de la actividad hotelera desarrollada en algunos de los pisos por considerarla contraria al título constitutivo y, además, molesta.

El juzgado de primera instancia correspondiente estimó parcialmente la demanda, condenando a las empresas demandadas a que se abstuvieran de colocar en las instalaciones indicadas el material de limpieza y los accesorios de la labor de preparación de habitaciones más allá del tiempo imprescindible para entrarlo y sacarlo de cada apartamento no pudiendo dejarlo en el pasillo mientras se hiciera la labor de limpieza en el mismo. El juzgado rechazó tanto el carácter antiestatutario de la actividad como su carácter molesto, estimando únicamente la vulneración del artículo 9 de la LPH.

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Barcelona.

Sección Decimosexta. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 370/2003

RESOLUCIÓN: 644/2003

FECHA: 8 de octubre de 2003

PONENTE: Ilmo. Sr. Jordi Seguí Puntas

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 7.2., 7 III y 9 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de la propiedad horizontal (LPH), y disposición adicional 6.ª de la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de intervención ambiental de la Administración ambiental

DOCTRINA: Inserción de una explotación hotelera en parte de un edificio destinado mayoritariamente a un uso residencial privado. Actividades no permitidas en propiedad horizontal (FJ 3, 4 y 5)

Contra dicha resolución, ambas partes interpusieron un recurso de apelación.

La Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso, ordenando el cese de la mencionada actividad hotelera.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Antes de entrar a analizar las pretensiones de la parte actora, la Audiencia recordó la necesidad de tener presente lo dispuesto por el artículo 7.2 de la LPH, que hace referencia a las actividades no permitidas a los propietarios de un piso o local (actividades prohibidas en los estatutos, actividades que resulten dañosas para la finca o actividades que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas ilícitas).

A continuación, la Audiencia analizó el carácter de “molesta” de la actividad desarrollada en la mencionada finca. La parte actora entendía que, a la luz de lo dispuesto por el artículo 7 III de la LPH, la actividad desarrollada debía tener dicha consideración.

Aunque, en rigor, dicha norma hable de actividades “incómodas” la Audiencia entendió que “dada la sinonimia entre los adjetivos incómoda y molesta, ha de reputarse vigente la doctrina legal y científica surgida al hilo de la redacción originaria del artículo 7 III de la LPH que sancionaba entre otras las actividades ‘incómodas’”. (FJ 3)

Por el contrario, la Audiencia no admitió el argumento en cuya virtud, al estar derogado en Cataluña el Reglamento de 30 de noviembre de 1961, de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas (RAMINP), el artículo 7.2 de la LPH era inaplicable a dicho territorio. Al respecto, la Audiencia recordó que aunque la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración ambiental (LIIAA) haya derogado expresamente en su disposición adicional 6.ª el RAMINP, “[...] a partir de la entrada en vigor (30 de junio de 1999) de esa ley autonómica la integración de la norma en blanco en que consiste el tercer y último inciso del repetido artículo 7.2, primer párrafo, de la LPH ha de hacerse mediante los conceptos y definiciones contenidas en la ley citada. No en vano dicha norma legal, en una época de creciente atención a las cuestiones medioambientales, expresa su designio de regular y prevenir la contaminación, entendiendo por tal la introducción directa o indirecta, mediante la actividad humana, de sustancias, vibraciones, radiaciones, calor o ruido en la atmósfera, el agua o el suelo que puedan tener efectos perjudiciales para la salud humana o el medio ambiente [...]”. (FJ 3)

Sin embargo, la Audiencia entendió que la actividad hotelera desarrollada por las empresas demandadas no revestía de la trascendencia necesaria para calificarla de molesta a la luz de las disposiciones expuestas, indicando lo que sigue:

“De ningún modo puede afirmarse que la destinación como apartamentos turísticos de los pisos [...] produzca ‘vibraciones, radiaciones, calor o ruido’ dañinos para la salud humana o, en cualquier caso, superiores a los que originaría su ocupación ordinaria como viviendas permanentes. De hecho, los testimonios vertidos [...] incidieron en las molestias que ocasionaba el trasiego constante de personas, el uso incesante de los ascensores y los movimientos de los carros del servicio de limpieza de las habitaciones, pero ninguno de ellos fue capaz de relatar incidente alguno de importancia subsumible en el concepto amplio de contaminación ambiental acuñado por la Ley 3/1998.” (FJ 4)

Por ello, la Audiencia concluyó que:

“[...] la explotación como apartamentos turísticos de hasta 18 pisos de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal cuyos restantes departamentos son destinados a la estricta función de vivienda (morada habitual de personas físicas), no es por sí misma una actividad molesta a los efectos del artículo 7.2 de la LPH interpretado a la luz de las normas vigentes.” (FJ 4)

Lo que sí apreció fue el desarrollo de una actividad prohibida en el título constitutivo. En este sentido, en primer lugar la Audiencia recordó que el promotor de la obra en la que se hallaban apartamentos había incluido en el título constitutivo una serie de “normas especiales”, de las cuales algunas aludían a una restricción de los locales comerciales, “sin que aparezca norma similar referente a las viviendas”.

Así las cosas, la audiencia entendió que de la situación fáctica resultante se desprendía que:

“[...] la finca ‘no está preparada’ para la actividad hotelera. Y, [...] no sólo la finca no está preparada sino que el título constitutivo no contiene la menor previsión de tal explotación industrial de una parte considerable del edificio.” (FJ 5)

Pero además de ello, al estudiar si las “normas especiales” hacían referencia a la actividad desarrollada, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Ciertamente es que las ‘normas especiales’ contenidas en el título no restringen de modo alguno el destino de las viviendas de las plantas piso, de lo que infieren las codemandadas que cualquier destinación es legítima a falta de prohibición expresa. Tal conclusión es inadmisibles ya que las referidas normas especiales no integran sino las reglas (generalmente denominadas estatutos) de ejercicio del derecho y otras finalidades que con carácter potestativo pueden aprobar las comunidades de propietarios (artículo 5 III de la LPH). El silencio de tales contingentes normas respecto de los usos posibles de las viviendas no equivale a la admisión implícita de su convertibilidad en locales o lugares en que se desarrolle una actividad industrial; antes al contrario, la concisa descripción como vivienda de cada uno de dichos pisos (el binomio de sustantivos piso-vivienda guarda una relación de género-especie) en la parte esencial del título constitutivo supone tanto como afirmar que el único destino lícito de esos departamentos privativos o fincas independientes es el de servir de morada o habitación particular de personas físicas con carácter permanente.” (FJ 5)

Por lo expuesto, la Audiencia resolvió estimar el recurso interpuesto, revocando la sentencia recurrida, lo que implicaba el cese de la actividad hotelera y la extinción de los derechos arrendatarios que ostentaban las empresas mencionadas.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En relación con la propiedad horizontal y las actividades molestas, ver la siguiente sentencia: STS de 23 de noviembre de 1995 (Aranzadi 1995/8898).

Audiencia Provincial de Barcelona. Denegación de la reversión de una finca cedida a un particular

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès rechazó la petición de reversión de una finca cedida al mismo con expresa invocación del artículo 12 del RBEL de 1955; 13 del Reglamento de bienes de las entidades locales aprobado por el Real decreto de 13 de junio de 1986 del RBEL de 1986, y 33.1 del RPELC, argumentando que se había mantenido la afectación o destino permanente del terreno donado como zona deportiva municipal hasta ese momento, con lo que, al hacer ya treinta y nueve años de ello, había transcurrido el plazo de treinta años previsto para que se produjera la desafectación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La parte actora alegaba la flagrante vulneración por el Ayuntamiento demandado de la escritura de cesión otorgada en su momento a su difunto padre, vulneración que éste consideraba que debía dar lugar a la eficacia de la cláusula de reversión pactada.

Al respecto, el Tribunal indicó en primer lugar que el mencionado Ayuntamiento, transcurrido el plazo de treinta años, había variado el destino de la finca cedida “que, al menos en parte, ha dejado de estar destinada a actividades deportivas y culturales”. En relación con dicha operación, el Tribunal declaró que:

“[...] no es ésta la jurisdicción adecuada (tampoco era ése el objeto de la demanda) para realizar el control de una actuación administrativa aparentemente regular, ni para valorar la concurrencia o no del interés público invocado como causa de aquella modificación.” (FJ 2)

El recurrente invocaba el carácter privado, “no administrativo”, del contrato mencionado. Sin embargo, según el Tribunal, ello no podía determinar la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad sobre lo dispuesto por las normas de aplicación. En este sentido, la Audiencia declaró lo siguiente:

“Nos encontramos ante una cesión gratuita con cláusula reversional a favor del cedente o de sus causahabientes para el caso de incumplimiento de determinado pacto (destinar la finca a perpetuidad a actividades deportivas o culturales). Pero no se puede desconocer quién era el cesionario (el Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès) y que la transmisión de la finca con la obligación (impuesta por el cedente) de destinarla a determinados servicios públicos produjo un efecto que no puede ahora obviar el recurrente: la incorporación automática del inmueble al patrimonio municipal [ver los artículos 339 y 344 del CC, 4.1.b) del Reglamento de bienes de las entidades locales de 1955 y 4 del vigente y artículo 5 del Reglamento del patrimonio de los entes locales de Cataluña]; patrimonio al que resulta de aplicación la específica normativa administrativa reguladora de este tipo de bienes y, por tanto por lo que aquí interesa, el artículo 12 del Reglamento de bienes de las entidades locales vigente en la fecha de la transmisión de autos (actual artículo 13) y el artículo 33.1 del Reglamento de los entes locales de Cataluña. Preceptos éstos conforme a los cuales se ha de entender cumplida la afectación a determinados fines de los bienes adquiridos por las corporaciones locales bajo esa condición o modalidad si durante treinta años hubiesen servido al mismo, aunque luego dejasen de estarlo por razones sobrevenidas de interés público.” (FJ 3)

Por tanto:

“[...] como esgrime el Ayuntamiento demandado, el principio de autonomía de la voluntad al que alude el aquí recurrente no puede derogar el bloque normativo que por razón de interés público establece el especial régimen de protección de los bienes de dominio público.”

En este sentido, el Tribunal recordó que el Tribunal Supremo ha declarado que:

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Barcelona. Sección Decimosexta. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 231/2003

RESOLUCIÓN: 728/2003

FECHA: 6 de noviembre de 2003

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès

PONENTE: Ilma. Sra. Inmaculada Zapata Camacho

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 12 del Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por el Decreto de 27 de mayo de 1955; artículo 13 del Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por el Real decreto de 13 de junio de 1986, y artículo 33.1 del Reglamento del patrimonio de los entes locales de Cataluña, aprobado por el Decreto 336/1988, de 17 de octubre (RPELC)

DOCTRINA: Denegación de la reversión de una finca cedida a un particular (FJ 2 y 3)

“[...] aun reconociéndose la libertad de contratación, la imposibilidad de dejar el cumplimiento contractual al arbitrio de una de las partes, la obligatoriedad del contrato con independencia de la forma de su celebración y el predominio del sentido literal del mismo en caso de claridad (artículos 1.255, 1.256, 1.278 y 1.281 del texto civil, todo esos principios han de ceder desde el momento en que por vía legal, la reglamentaria antes indicada, ha de entenderse cumplida y consumada la condición resolutoria [...].” (FJ 3)

Asimismo, la parte actora invocaba el principio de jerarquía normativa. Al respecto, la Audiencia declaró que:

“[...] la invocación por parte del apelante del principio de jerarquía normativa reconocido en el apartado 2 del artículo 1 del CC [...], en el artículo 6 de la LOPJ [...] y en el artículo 9-3 de la CE [...] por razón del pretendido superior rango del principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1255 del CC respecto de los preceptos de los Reglamentos de bienes de las entidades locales de constante referencia, carece de eficacia a los fines interesados. Porque, como se razona en la sentencia apelada y declaró el Tribunal Supremo [...] ‘los reglamentos sobre bienes de las corporaciones municipales, tanto el de 1955 como el de 1986, fueron promulgados en virtud de cumplimiento y desarrollo de las leyes de bases aprobadas con anterioridad en legal forma [...] no produciéndose, por tanto, atentado alguno al principio de rango normativo’.” (FJ 3)

Por lo expuesto, la Audiencia concluyó que:

“Resulta, pues, plenamente acertada la conclusión alcanzada por el juzgado en la sentencia apelada. Porque la carga de la donación que nos ocupa se encuentra extinguida por el transcurso del plazo de treinta años previsto en los preceptos de constante referencia [...].” (FJ 3)

En consecuencia, acordó desestimar el recurso interpuesto.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En relación con el principio de jerarquía normativa, ver las siguientes sentencias: STS de 20 de junio de 1990 (Aranzadi 1990/4797) y STS de 14 de diciembre de 1994 (Aranzadi 1994/9510).

En relación con la cláusula de reversión, ver las siguientes sentencias: STS de 13 de julio de 1989 (Aranzadi 1989/5607); STS

de 20 de junio de 1990 (Aranzadi 1990/4797), y STS de 27 de febrero de 1993 (Aranzadi 1993/1303).

Sobre un supuesto de donación de finca a un Ayuntamiento con cláusula de reversión a favor del cedente o sus herederos,

ver la siguiente sentencia: STS de 10 de marzo de 1988 (Aranzadi 1988/1813).

Audiencia Provincial de Baleares. Acción directa ejercitada por empresa subcontratista de la Administración General del Estado. Competencia de los tribunales civiles

SUPUESTO DE HECHO

Una empresa constructora interpuso una demanda contra la Dirección General de la Guardia Civil en reclamación de 13.383,23 € e intereses legales como subcontratista de otra empresa, respecto del contrato que esta última y la Dirección General de la Guardia Civil como promotora de ciertas unas obras en la casa-cuartel. El juzgado de primera instancia declaró falta de jurisdicción por entender que la competencia para conocer de ello correspondía a los tribunales del orden contencioso-administrativo.

Contra dicha resolución, la empresa mencionada interpuso recurso de apelación por entender que debía conocer de ello la jurisdicción civil, alegando el ejercicio de acción directa prevista por el artículo 1597 del CC, al tratarse de un supuesto de responsabilidad *ex lege*.

La Audiencia Provincial de Baleares estimó el recurso, declarando la competencia de los tribunales civiles para conocer de dicha cuestión y ordenando la admisión a trámite de la demanda formulada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal destacó la diferencia entre la acción directa, reservada al subcontratista por el artículo 1597 del CC, con determinados requisitos y condiciones, de los supuestos de responsabilidad patrimonial y/o contractual de la Administración con el contratista.

En este sentido, recordó lo declarado en supuestos similares, en la que éste se había manifestado como sigue:

"1.ª) Las relaciones jurídicas que vinculan a las sociedades mercantiles derivadas de un contrato de ejecución de obra (artículo 1544 del Código civil) tienen evidente naturaleza privada y, por consiguiente, las acciones derivadas de su cumplimiento corresponden a los tribunales civiles, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial.

"2.ª) La presente controversia no se centra en el cumplimiento o incumplimiento del contrato administrativo existente entre la contratista [...], y [la Administración], lo que obligaría a residenciar el litigio en la jurisdicción contencioso-administrativa; y en el presente caso no existe contrato que ligue a la subcontratista actora con la citada corporación municipal, siendo la acción ejercitada de carácter excepcional conforme previene en el artículo 1597 del Código civil, por cuanto altera el principio general de relatividad de los contratos, proclamado en el artículo 1257 de dicho cuerpo legal [...].

"3.ª) El artículo 1597 convierte a los acreedores subcontratistas en titulares de una acción, que no es precisamente sustitutiva de la del contratista, sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa, mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra, en razón de que éste retiene sumas dinerarias y resulta deudor de las mismas al contratista o subcontratista que generaron el débito reclamado por razón de los trabajos encargados y materiales que se aportaron.

"4.ª) El Tribunal Supremo [...] ha declarado que los contratos que relacionan a los contratistas y la cadena de subcontratistas son de naturaleza indiscutible civil y la acción de reclamación contra el Estado, como comitente, es acción de naturaleza también civil, prevista en el artículo 1597 del Código civil, por lo que

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Baleares.

Sección quinta. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 514/2003

RESOLUCIÓN: 107/2003

FECHA: 21 de noviembre de 2003

PONENTE: Ilmo. Sr. Santiago Oliver Barceló

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 1257 y 1597 del Código civil (CC)

DOCTRINA: Acción directa ejercitada por empresa subcontratista de la Administración General del Estado. Competencia de los tribunales civiles (FJ 2)

la competencia para su conocimiento debe ser residenciada en los tribunales del orden civil." (FJ 2)

En consecuencia, procedía otorgar la competencia a la jurisdicción civil.

Por su parte, la Audiencia negó que se pudiera producir una vulneración del principio de relatividad del contrato consagrado en el artículo 1257 del CC, por cuanto:

"[...] la norma del artículo 1597 constituye una excepción al mismo. Así se concibió originariamente para atenuar el rigor de la eficacia relativa de los contratos, con basamento en la equidad, y así lo viene entendiendo la doctrina de esta Sala [...]." (FJ 2)

Así, en relación con dicho principio, la Audiencia aclaró que:

"[...] la acción directa es una excepción a este principio; respecto a la que prevé el artículo 1597 del CC se reconoce a ciertas personas (las que ponen trabajo y material y los subcontratistas) que son terceros respecto al contrato de obra, pero por estar relacionados con ésta, que les alcance el contenido del mismo en este punto, atinente a la reclamación del precio [...]." (FJ 2)

Asimismo, la Audiencia declaró que:

"[...] los contratos que relacionan a los contratistas y la cadena de subcontratistas son de naturaleza indiscutible civil, y la acción de reclamación contra el Estado, como comitente, es acción de naturaleza también civil, prevista en el artículo 1597 del CC, que se acumuló a la ejercitada contra los dos contratistas y subcontratista primero, por reunir los requisitos del artículo 156 de la LECiv y por tanto corren idéntica suerte procesal, determinativa de la jurisdicción competencial para su conocimiento, que excluye la jurisdicción contencioso-administrativa, por no dirigirse única y exclusivamente contra el Estado, conforme a la reiterada doctrina de esta sala [...], que proclama la *vis atractiva* y preferencial de la jurisdicción civil, toda vez que se trata de acceso al proceso, en la condición de partes interpeladas, del Estado conjuntamente con personas jurídicas privadas, en vinculación relacionada de solidaridad contractual, determinante de la responsabilidad que surge por imperativo legal del referido artículo 1597 y convierte a los acreedores en titulares de una acción, que no es precisamente sustitutiva de la del contratista, sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa, mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra, en razón a que éste retiene sumas dinerarias y resulta deudor de las mismas al contratista o subcontratistas que generaron el débito reclamado por razón de los trabajos encargados y materiales que se apor-

taron; y en este caso no concurre responsabilidad contractual ni patrimonial [...] como argumenta el juzgador *a quo*, siquiera derivada del contrato administrativo concertado con la entidad contratista [...], sino acción directa ejercitada por un subcontratista contra esta adjudicataria de las obras, hasta donde alcance la deuda que pudiere existir entre el dueño de la obra con el contratista [...].” (FJ 2)

Por lo expuesto, la Audiencia concluyó lo siguiente:

“En definitiva, ubicado este caso litigioso en las relaciones existentes entre el dueño de la obra y un subcontratista, por vía *ex artículo 1597 del Código civil* (LEG 1889, 27), este Tribunal concluye que su conocimiento corresponde a la jurisdicción civil, en tanto el contrato suscrito entre el contratista y el subcontratista es de naturaleza mercantil entre empresas privadas, unidas por un contrato civil de obra.” (FJ 2)

En consecuencia, acordó estimar el recurso de apelación interpuesto, declarando la competencia de los tribunales civiles para conocer del litigio, ordenando la admisión a trámite de la demanda.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el ejercicio de la acción directa, ver las siguientes resoluciones: AAP de Baleares de 14 de mayo de 2003 (JUR 299164); AAP de Baleares de 28 de marzo de 2003; STS de 2 de julio de 1997, y STS de 29 de abril de 1991 (Aranzadi 1991/3068).

Proclamando el carácter excepcional de la acción directa, ver las siguientes sentencias: STS de 2 de julio de 1997 (Aranzadi 1997/5474) y STS de 6 de junio de 2000 (Aranzadi 2000/4402).

Declarando la naturaleza civil de los contratos firmados entre los contratistas y los subcontratistas, ver las siguientes sentencias: STS de 12 de mayo de 1994 (Aranzadi 2002/6261); STS de 18 de julio de 2002 (Aranzadi 2002/6261); SAP de La Coruña de 6 de febrero de 2002 (Aranzadi 2002/135189); SAP de León de 9 de septiembre de 1999, y STSJ de Andalucía de 17 de septiembre de 2000.

Declarando que la responsabilidad del dueño de la obra y el contratista para con los titulares de la acción del artículo 1597 del CC es solidaria, ver las siguientes sentencias: STS de 29 de abril de 1991 (Aranzadi 1991/3068); STS de 11 de octubre de 1994 (Aranzadi 1994, 7479); STS de 22 diciembre de 1999 (Aranzadi 1999/9358), y STS de 6 de junio de 2000 (Aranzadi 2000/4402).

Sobre el principio de relatividad del contrato, ver las siguientes sentencias: STS de 29 de abril de 1991; STS de 2 de julio de 1997; STS de 6 de junio de 2000, y STS de 29 de octubre de 1987 (Aranzadi 1987/7484).

Proclamando la *vis atractiva* y preferencial de la jurisdicción civil, ver las siguientes sentencias: SAP de Baleares de 2 de febrero de 1987 (Aranzadi 1987/673); SAP de Baleares de 10 de noviembre de 1990 (Aranzadi 1990/8538); SAP de Baleares de 17 de febrero de 1992; SAP de Baleares de 28 de abril de 1992 (Aranzadi 1992/4466); SAP de Baleares de 15 de octubre de 1976 (Aranzadi 1976/4188); SAP de Baleares de 22 de noviembre de 1985 (Aranzadi 1985/5632); SAP de Baleares de 17 de diciembre de 1985 (Aranzadi 1985/6591); SAP de Baleares de 14 de octubre de 1986 (Aranzadi 1986/5788), y SAP de Baleares de 2 de junio de 1993 (Aranzadi 1993/4380).

Declarando la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, ver las siguientes sentencias: STS de 19 de diciembre de 1996 (Aranzadi 1996/9187); STS de 31 de octubre de 1995 (Aranzadi 1995/7734) y AAP de Baleares de 2 de marzo de 2000; sobre accidentes en centros de enseñanza, AAP de Baleares de 21 de marzo de 2003 y de 3 de julio de 2001; sobre daños por defectuoso alcantarillado público o instalaciones públicas: SAP de Baleares de 27 de septiembre de 2002, STS de 10 de noviembre de 1994 (Aranzadi 1994/8753), STS de 28 de enero de 1993 (Aranzadi 1993/422); como consecuencia de proyectos de compensación, SAP de Baleares de 13 de mayo de 2002; sobre daños derivados de actuación o asistencia médica y/o Insalud: SAP de 6 de julio de 2001 (Aranzadi 2001/2391); SAP de Baleares de 25 de marzo de 2000; SAP de Baleares de 9 de febrero de 2000 (Aranzadi 2001/2418); SAP de Baleares de 14 de diciembre de 1999, SAP de Baleares de 27 de marzo de 2000, SAP de Baleares de 4 de noviembre de 1999 y SAP de Baleares de 10 de septiembre de 1998; sobre daños ocasionados durante la ejecución de obras públicas con ánimo de servicio público: AAP de Baleares de 29 de junio de 2001, SAP de Baleares de 11 de mayo de 2001, SAP de Baleares de 2 de marzo de 2000, SAP de Baleares de 13 de mayo de 1999.

En este mismo número, atribuyendo la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la demanda por incumplimiento de un contrato de obra suscrito entre una empresa constructora y una junta de compensación, ver la SAP de Cádiz 67/2003, de 28 de octubre de 2003.

En este mismo número, atribuyendo la competencia a la jurisdicción civil para conocer de la exigencia de la obligación de indemnizar de una aseguradora como contratante de una póliza de seguro, en virtud de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, ver la SAP de Barcelona de 29 de septiembre de 2003.

Audiencia Provincial de Cádiz. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la demanda por incumplimiento de un contrato de obra suscrito entre una empresa constructora y una junta de compensación

SUPUESTO DE HECHO

Un juzgado de lo civil se declaró incompetente para conocer de la reclamación de cantidad de empresa constructora a una junta de compensación por la cantidad adeudada por ésta en virtud de las relaciones comerciales entabladas con ocasión de la realización de unas obras.

Tras ello, la empresa en cuestión interpuso recurso de apelación, por entender que pese a tratarse la Junta de Compensación de un ente de naturaleza administrativa, en ese supuesto no se encontraba sometido al Derecho administrativo por quedar excluidas de ese ámbito las cuestiones de índole estrictamente civil.

La Audiencia Provincial de Cádiz desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, la Audiencia hizo referencia a la evolución legislativa, jurisprudencial y doctrinal, tendiente a atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia en los casos en los que la administración actúe “dentro

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Cádiz. Sección Primera. Jurisdicción civil. Recurso de apelación

RESOLUCIÓN: 67/2003

FECHA: 28 de octubre de 2003

PONENTE: Ilmo. Sr. Lorenzo del Río Fernández

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC); artículo 131 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ); artículo 9.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial, y artículo 215 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCE)

DOCTRINA: Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la demanda por incumplimiento de un contrato de obra suscrito entre una empresa constructora y una junta de compensación (FJ 2, 3, 4 y 5)

de su órbita”, que “trae su causa del artículo 215 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea”, en el que “subyace un concreto espíritu o finalidad dirigida a concentrar las reclamaciones contra la Administración en la jurisdicción contencioso-administrativa”. (FJ 2)

En este sentido, la Audiencia hizo referencia a lo dispuesto por la LRJPAC y su decreto de desarrollo, que señalan la vía contencioso-administrativa como la única competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas tanto en relaciones de Derecho público como privado. Por su parte, la LJ reconoce en su artículo 131 la competencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo para conocer de la responsabilidad de las administraciones públicas “cualquiera que sea su naturaleza y actividad, o el tipo de relaciones que se derive”. Finalmente, el artículo 9.4 de la LOPJ, atribuye a los tribunales de lo contencioso-administrativo competencia para conocer de “las pretensiones que se deduzcan en relación con las administraciones públicas sujetas al Derecho administrativo con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los decretos legislativos en los mismos términos previstos en el artículo 82.6 de la CE, de conformidad con lo que establezca la ley de esta jurisdicción [...]”. (FJ 3)

Dicho esto, la Audiencia destacó que la evolución jurisprudencial surgida a raíz de los mencionados cambios normativos, tendiente a la concentración en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo de “todas cuantas reclamaciones puedan ser planteadas contra la Administración”, abandonando la llamada “doctrina del peregrinaje jurisdiccional y la *vis atractiva* de la jurisdicción civil”.

Sentado lo anterior, la Audiencia procedió a analizar “[...] si las consecuencias del incumplimiento de un contrato de obra suscrito entre una constructora y una junta de compensación, cuyo objeto era la urbanización de la unidad sobre la que se actuaba, son cuestiones jurídico-privadas susceptibles de ser apreciadas en la jurisdicción civil”. (FJ 4)

A tal efecto, estudió la naturaleza y funciones de las juntas de compensación. En este sentido, la Audiencia recordó que la LS “contempla entre los sistemas de actuación para la ejecución de los polígonos o unidades de actuación el denominado *sistema de compensación*, regulado en el Reglamento de gestión urbanística en sus artículos 157 a 176”. Por su parte, el artículo 24 del RGU “establece de forma clara un cauce de participación en la gestión urbanística mediante la creación de entidades urbanísticas colaboradoras y afirma específicamente que ‘son entidades urbanísticas colaboradoras las llamadas juntas de compensación’”. (FJ 4)

En relación con la naturaleza de las juntas de compensación, la Audiencia indicó que, como dispone el artículo 26 del RGU, “las citadas entidades tendrán carácter administrativo y dependerán en este orden de la Administración urbanística actuante, añadiendo que ‘la personalidad jurídica de las entidades urbanísticas colaboradoras se entenderá adquirida a partir del momento de su inscripción en el correspondiente registro’”. (FJ 4)

Dicho lo anterior, refiriéndose al caso estudiado, la Audiencia estuvo de acuerdo con la resolución recurrida, en que:

“[...] la Junta de Compensación demandada en cuanto entidad urbanística colaboradora, con personalidad jurídica propia, ostenta plena capacidad para el cumplimiento de sus fines y participa de la naturaleza administrativa del órgano público actuante.” (FJ 4)

Por su parte, la Audiencia declaró que:

“[...] importa destacar con carácter general no sólo las facultades reconocidas a la Administración para vigilar la ejecución de las obras e instalaciones –artículo 175.3 del RGU–, sino también las cláusulas que según el artículo 176.3 debe necesariamente contener todo contrato de ejecución de obra concertado por la

Junta de Compensación, entre las que destacan, en lo que ahora importa, el compromiso de la empresa constructora de realizar las obras de total conformidad con los proyectos de urbanización debidamente aprobados y la obligación de la empresa de facilitar la acción inspectora de la Administración actuante.” (FJ 4)

“En conclusión, puede afirmarse que las juntas de compensación constituyen una figura típica de autoadministración, es decir, de gestión autónoma por los propios interesados de funciones inicialmente administrativas, actuando en lugar de la propia administración cuando llevan a cabo por encargo de ésta las funciones que en el proceso de ejecución del planeamiento corresponde según la propia ley a la Administración.” (FJ 4)

De todos modos, la Audiencia advirtió que:

“Ello no significa, sin embargo, que toda la actuación de la Junta de compensación esté sometida al Derecho administrativo: en la medida en que aquélla gestiona intereses propios de sus miembros sin ejercicio directo de funciones públicas, está sujeta también al Derecho privado.” (FJ 4)

Sin embargo, en el caso enjuiciado la Audiencia entendió que:

“[...] nos encontramos ante un contrato de obra cuyo objeto es la realización de las obras de urbanización que se ejecute en una unidad de actuación y que, por ello, la Junta de Compensación tiene en este caso una función pública al llevar a cabo por encargo de la Administración actuante la efectiva ejecución del planeamiento. De lo cual se colige que la cuestión suscitada y relativa al incumplimiento de la obligación de pago conforme a lo estipulado en el contrato en su día concertado entre las partes aquí litigantes debe residenciarse en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.” (FJ 5)

Llegado a este punto, la Audiencia recordó que en alguna ocasión “Se ha mantenido que las juntas de compensación ‘al contratar ejecuciones de obras, préstamos, ventas de terrenos, etc., no ha de someterse a las formalidades propias del Derecho administrativo, pues todo ello tiene un carácter instrumental respecto de la finalidad última de la ejecución del planeamiento, sin implicar el ejercicio directo de funciones públicas’”. (FJ 5)

Sin embargo, frente a dicha afirmación, la Audiencia indicó que:

“Si las juntas actúan funciones públicas en la ejecución del planeamiento, la función esencial es justamente la realización de las correspondientes obras de urbanización, y es ilógico que esa actividad principal la convirtamos en meramente instrumental.” (FJ 5)

En virtud de lo expuesto, la Audiencia resolvió que:

“[...] a la vista de los anteriores y contundentes pronunciamientos, que no dejan duda acerca de la jurisdicción competente, procede confirmar el auto impugnado y, dada la naturaleza de la cuestión debatida y lo controvertido de la materia, no hacer expreso pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada.” (FJ 5)

En consecuencia, la Audiencia desestimó el recurso, confirmando la resolución impugnada.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En relación con la competencia de los tribunales civiles, ver la siguiente sentencia: STS de 23 de octubre de 1997.

Rechazando que la existencia de codemandados particulares junto a la Administración atribuya la competencia a la jurisdicción civil cuando se trata de decidir acerca de la responsabilidad derivada de la actuación administrativa, ver las siguientes sentencias: STS de 27 de enero de 1998 (Aranzadi 1998/389) y STS de 3 de marzo de 1998 (Aranzadi 1998/926).

A favor de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, ver las siguientes sentencias: SAP de Zaragoza, de 9 de diciembre de 1998; SAP de Cádiz de 10 de marzo de 2000 (Aranzadi 2000/4896) (también ante un contrato de obra cuyo objeto era la realización de ciertas obras de urbanización por

una junta de compensación), y SAP de Barcelona de 7 de enero de 2003 (Aranzadi 2003/1253).

Sobre las juntas de compensación, ver las siguientes sentencias: STS de 1 de diciembre de 1980 (Aranzadi 1980/4881) y STS de 29 de diciembre de 1987 (Aranzadi 1987/9854).

Negando que las juntas de compensación deban someterse a las formalidades propias del Derecho administrativo, ver las siguientes sentencias: STSJ de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de diciembre de 1991 y STS de 3 de octubre de 1989 (Aranzadi 1989/7478).

Audiencia Provincial de Barcelona. Acción directa. Competencia de la jurisdicción civil para conocer de la exigencia de la obligación de indemnizar de una aseguradora como contratante de una póliza de seguro

SUPUESTO DE HECHO

Un juzgado de primera instancia inadmitió la demanda formulada por el Ayuntamiento de Barcelona contra una empresa municipal de transportes y una aseguradora solicitando una indemnización correspondiente al coste de reparación de los daños causados en determinadas instalaciones municipales, por entender que debía conocer del asunto la jurisdicción contencioso-administrativa.

Frente a dicho pronunciamiento, la parte actora formuló recurso de apelación. La Audiencia de Barcelona admitió el recurso, revocando el auto recurrido y ordenando que se prosiguiera la substanciación del correspondiente procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, la Audiencia recordó la evolución normativa tendiente a atribuir la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las demandas contra las administraciones públicas ("aún cuando actúen en relaciones de Derecho privado"). Ello se deduce de lo dispuesto por los artículos 144 de la LRJPAC, en el preámbulo del RPRP y en el artículo 9.4 de la LOPJ, tras la reforma hecha por la Ley orgánica 6/1998, que "[...] dispone taxativamente que el conocimiento de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, compete al repetido orden jurisdiccional". (FJ 1)

Sin embargo, entrando en el caso enjuiciado, la Audiencia destacó que, junto a la empresa municipal de transportes, fuera demandada una aseguradora. Al respecto, destacó el hecho de que ésta no había sido llamada por su concurrencia en la producción del daño sino "como contratante de una póliza de seguro". En este caso, a pesar de que el artículo 9.4 de la LOPJ atribuya la competencia a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en el caso de que a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, en el caso enjuiciado "el perjudicado tiene acción directa para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar". (FJ 1)

Por su parte, la Audiencia aclaró que:

"[...] la llamada al pleito de dicha aseguradora en modo alguno se puede calificar de caprichosa ni tiene el carácter de subsidiaria [...], sino que, como se razonaba en el Auto de 27 de diciembre de 2001 de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo citado por la recurrente, refuerza las expectativas y el derecho subjetivo de la parte demandante, por lo que las normas procesales no pueden desconocer dicha opción obstaculizando, *de facto*, un derecho reconocido por la ley." (FJ 2)

En relación con el órgano que debiera conocer de ello ante la falta de una referencia expresa a la presencia de compañías aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo, la Audiencia se refirió nuevamente al auto del Tribunal Supremo, en el que éste manifestaba lo siguiente:

En este mismo número, atribuyendo la competencia a la jurisdicción civil para conocer de la exigencia de la obligación de indemnizar de una aseguradora como contratante de una póliza de seguro, en virtud de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, ver la SAP de Barcelona de 29 de septiembre de 2003.

En este mismo número, sobre el ejercicio de la acción directa de una constructora subcontratista de otra empresa, ver el AAP de Baleares de 21 de noviembre de 2003.

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Barcelona.

Sección Decimosexta. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 248/2003

FECHA: 29 de septiembre de 2003

PONENTE: Ilma. Sra. Inmaculada Zapata Camacho

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 142, 143 y 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC); preámbulo del Real decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba Reglamento de los procedimientos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP), y artículos 9.4 y 9.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ)

DOCTRINA: Acción directa. Competencia de la jurisdicción civil para conocer de la exigencia de la obligación de indemnizar de una aseguradora como contratante de una póliza de seguro (FJ 1 y 2)

"[...] al no estar contemplada de forma expresa la presencia de las compañías aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo, lo razonable es mantener en este supuesto la tradicional y ya clásica *vis atractiva* de la jurisdicción civil reconocida en el artículo 9.2 de la LOPJ ('Los juzgados y tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que le sean propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional'). De lo contrario, se obligaría al perjudicado a entablar dos procesos distintos, ante dos jurisdicciones diferentes, la civil para la compañía aseguradora, y la contencioso-administrativa para la Administración, alternativa que la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo en el auto de constante referencia consideró inaceptable, no sólo por razones de economía procesal, sino también por el riesgo cierto de que se produzcan resoluciones contradictorias y, en definitiva, un debilitamiento del constitucional derecho a la tutela judicial efectiva." (FJ 2)

En consecuencia, la Audiencia estimó el recurso interpuesto, revocando el auto impugnado y ordenando al juzgado de primera instancia proseguir la substanciación del correspondiente procedimiento.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En un supuesto similar, atribuyendo la competencia a la jurisdicción civil, ver el ATS de 27 de diciembre de 2001 (Aranzadi 2002/4086).

Sobre la llamada a pleito de una compañía aseguradora, ver las siguientes sentencias: STS de 30 de diciembre de 1995

(Aranzadi 1995/9663); STS de 3 de abril de 1996 (Aranzadi 1996/2880), y STS de 3 de octubre de 1996 (Aranzadi 1996/7009).

En este mismo número, atribuyendo la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la demanda por incumplimiento de un contrato de obra suscrito entre una

empresa constructora y una junta de compensación, ver la SAP de Cádiz 67/2003, de 28 de octubre de 2003.

En este mismo número, sobre el ejercicio de la acción directa de una constructora subcontratista de otra empresa, ver el AAP de Baleares de 21 de noviembre de 2003.

Audiencia Provincial de Huelva. Principio de improrrogabilidad de la jurisdicción

SUPUESTO DE HECHO

Un juzgado de primera instancia estimó la excepción de falta de jurisdicción interpuesta por el ayuntamiento demandado en un juicio interdictal de recobrar la posesión, negando, por tanto, su competencia para admitir y conocer del asunto. El juzgado fundamentó su decisión en lo dispuesto por el artículo 9.4 de la LOPJ, que le hacía llegar a la conclusión de que la única jurisdicción competente para conocer de las actuaciones de la Administración por las vías de hecho era la contencioso-administrativa.

El actor interpuso recurso de apelación por entender que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 250.1.4 de la LEC, debían conocer de ello los juzgados del orden jurisdiccional civil, al no ser uno de los demandados persona jurídico-pública, sino privada. Además de ello, el apelante destacaba la inexistencia de acto administrativo alguno.

La Audiencia Provincial de Huelva estimó parcialmente el recurso interpuesto, revocando la resolución impugnada únicamente en el sentido de no imponer las costas causadas a ninguna de las partes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, la Audiencia analizó en primer lugar si, a la vista de lo dispuesto por la LJ y el artículo 9.4 de la LOPJ, cabía la interposición de procedimientos interdictales civiles contra administraciones públicas o si, por el contrario, habían sido atribuidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, en tanto que la LJCA había establecido una modalidad procesal específica para el control de las actuaciones administrativas constitutivas de vías de hecho. En este sentido, la Audiencia recordó que si bien antes de la entrada en vigor de la LJ era incuestionable que se podía hacer, tras la reforma del artículo 9.4 de la LOPJ “se atribuyó expresamente a la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo los recursos contra sus actuaciones materiales que constituyan ‘vía de hecho’”. Al respecto, la Audiencia hizo referencia a la existencia de dos corrientes doctrinales en relación con la admisibilidad de los interdictos en vía contencioso-administrativa. Así, de un lado:

“La mayoría de la doctrina administrativista siempre había reconocido que la admisibilidad de los interdictos frente a las vías de hecho constituía una anomalía provocada por la defectuosa configuración del proceso contencioso-administrativo. Y ha venido a sostener que la nueva regulación legal y vía procesal no ha sustituido la tutela interdictal. Basándose en que [...] el legislador no ha dicho explícitamente lo contrario, ni ha derogado expresamente los preceptos que en las leyes administrativas admiten, restrictivamente, el empleo de la vía interdictal. Además del principio por el que unas leyes generales posteriores no derogan a otra especial anterior, como sería la Ley de expropiación forzosa.” (FJ 3)

Sin embargo, existía otro sector doctrinal que sostenía que:

“[...] las dudas que provocaba la vigencia, por no-derogación expresa, del artículo 125 de la Ley de expropiación forzosa y que permitía entender subsistente la posibilidad de acudir a la vía interdictal quedaron disipadas a tenor del contenido del artículo 9.4 de la LOPJ [...] que al señalar que ‘También conocerán de

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Huelva. Sección Primera. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 217/2003

RESOLUCIÓN: 165/2003

FECHA: 4 de septiembre de 2003

PONENTE: Ilmo. Sr. Santiago García García

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 9.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ); artículos 25.2 y 30 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, y artículo 250.1.4 de la Ley 1/2000, de 1 de julio, de enjuiciamiento civil (LEC)

DOCTRINA: Principio de improrrogabilidad de la jurisdicción (FJ 3)

los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho’ no hace sino concretar el espíritu innegable de la Ley jurisdiccional de idéntica fecha.” (FJ 3)

A dicho argumento se vendría a añadir la existencia del principio de improrrogabilidad de la jurisdicción (artículo 9 de la LOPJ):

“[...] el ordenamiento procesal se fundamenta en el principio básico de la improrrogabilidad de la jurisdicción [...]. El efecto básico y elemental de dicho principio es que, salvo excepción legal expresa, un mismo asunto no puede corresponder a la competencia exclusiva de dos órdenes jurisdiccionales distintos, sino sólo a la de uno de ellos.” (FJ 3)

Según la Audiencia, lo anterior quedaría recogido por el artículo 9.4 de la LOPJ, de modo que:

“[...] habiendo diseñado la LJCA un cauce procesal para este fin, el mantenimiento de la vía interdictal supone desconocer el principio de improrrogabilidad antes citado, sin que constituya un obstáculo para ello el hecho de que el artículo 3.1 de la citada LJCA admita la jurisdicción civil ostenta competencia para enjuiciar a la Administración, que sucede cuando se trata de cuestiones expresamente atribuidas a dicha jurisdicción, carácter expreso de la atribución que no se deriva ni de la LOPJ ni de la LECiv en materia interdictal.” (FJ 3)

En este sentido, la Audiencia citó lo declarado por la Audiencia Provincial de Las Palmas, que había declarado que:

“[...] después de la reforma del artículo 9.4 de la LOPJ y de la entrada en vigor de la misma y de la LJCA, [...], no cabe plantear interdictos frente a la Administración en los supuestos de la llamada vía de hecho. Lo que resulta de la propia exposición de motivos de la Ley 29/1998, tan citada, en la que [...] se recoge, como una novedad destacable el sometimiento al control jurisdiccional de los actos de cualquier clase de la Administración pública que estén sujetos al Derecho administrativo, incluidos sus actos materiales en vías de hecho, principio que desarrolla su artículo 25 cuando en su párrafo segundo amplía el objeto del recurso administrativo a la ‘inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vías de

hecho en los términos establecidos en esta ley', lo que reiteran, desarrollando las especialidades procedimentales, los artículos 30 y siguientes de la misma, y aunque no regule un procedimiento específico interdictal, es lo cierto que idéntica finalidad de salvaguarda jurisdiccional interina y urgente del principio de orden público que subyace en todo proceso interdictal, cual la de impedir que nadie pueda tomarse la justicia por su mano, en estos supuestos de vías de hecho, se consigue mediante la específica regulación que la nueva Ley de la jurisdicción administrativa hace las medidas cautelares en su artículo 136." (FJ 3)

Frente al argumento en cuya virtud no era posible accionar en vía contencioso-administrativa frente al codemandado particular, la Audiencia declaró lo siguiente:

"Tampoco puede admitirse que no quepa accionar frente al codemandado particular en vía contencioso-administrativa: así lo prevé el artículo 21.1.b) de la referida Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. A pesar de que sin duda la actuación material de la Administración local en este caso es un claro ejemplo de vía de hecho, sin procedimiento ni acto administrativo válido que la ampare, pues no lo es el procedimiento de expropiación forzosa seguido en 1966, por una actuación urbanística distinta y ya superada, basada en una razón de interés social o utilidad pública propia de la época y más que extinta, como lo fue la creación de un Centro de Interés Turístico Nacional al amparo de una legalidad preconstitucional, y cuyo objeto es hoy diverso del que motiva la intervención

administrativa actual, con un planeamiento urbanístico que sea compatible con el artículo 33 de nuestra Constitución, en el que el interés turístico nacional dudosamente puede tener cabida entre las causas de expropiación, si entendemos por tal la utilización del mecanismo expropiatorio para el fomento del turismo amparando para ello realmente un puro interés especulativo en la venta de terrenos para la construcción de hoteles, apartamentos y explotación de zonas comerciales [...]" (FJ 4)

Por lo expuesto, la Audiencia consideró que, debida la complejidad del debate "[...] hace que no haya mérito para hacer expreso pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias, ante la complejidad del debate y los propios razonamientos jurídicos del actor y apelante [...]", por lo que estimó en parte el recurso interpuesto en el sentido de no imponer a ninguna parte las costas causadas, confirmando los restantes pronunciamientos.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Admitiendo la posibilidad de acudir a la vía interdictal, ver las siguientes sentencias: SAP de Santa Cruz de Tenerife de 29 de enero de 2001 (Aranzadi 2001/754).

Sobre los interdictos contra la Administración, ver las siguientes sentencias: SAP de Las Palmas de 31 de enero de 2002 (Aranzadi 2002/124179); STS de 2 de noviembre de 1981 (Aranzadi 1981/4718); STS de 5 de febrero de 1985, y STS de 22 de septiembre de 1990 (Aranzadi 1990/7285).

Audiencia Provincial de Madrid. Impedimento por el alcalde del sometimiento a votación de un punto del orden del día. Violación del derecho fundamental de participación política

SUPUESTO DE HECHO

El alcalde del Ayuntamiento de Navacerrada impidió someter a votación un punto del orden del día de un Pleno extraordinario. Tras ello, dos concejales interesaron en la instancia la tutela judicial efectiva al amparo del artículo 249.1.2 de la LECiv, por considerar que los hechos indicados suponían una violación del artículo 23 de la CE. Frente a dicha acusación, el demandado adujo el carácter ilegal de la propuesta que se pretendía someter a votación.

El juzgado de primera instancia correspondiente estimó la demanda, declarando que se había producido una violación del derecho fundamental invocado y condenando al alcalde a proceder a la convocatoria del pleno y a la votación del punto del orden del día indicado "sin perjuicio del derecho de impugnación del mismo de quienes votaren en contra de estimar que es contrario al ordenamiento jurídico".

El demandado interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid, confirmando la sentencia impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, la Audiencia estudió la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con el contenido del derecho contenido en el artículo 23 de la CE, que ha declarado que:

"[...] garantiza un derecho de participación que puede ejercerse de dos formas distintas, bien directamente, bien por medio de representantes." (FJ 2)

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha declarado que dicho precepto:

"[...] encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de derecho, que consagra el artículo 1, y es la forma de ejercitar la soberanía que el mismo precepto consagra que reside en el pueblo español. Por eso, la participación en los asuntos públicos a que

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Madrid. Sección Vigésimo Quinta. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 688/2002

RESOLUCIÓN: 382/2003

FECHA: 8 de julio de 2003

PONENTE: Ilmo. Sr. Francisco Moya Hurtado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 23 de la CE

DOCTRINA: Impedimento por el alcalde del sometimiento a votación de un punto del orden del día. Violación del derecho fundamental de participación política (FJ 2)

se refiere el artículo 23 es en primera línea la que se realiza al elegir los miembros de las Cortes Generales, que son los representantes del pueblo, según el artículo 66 de la Constitución y puede entenderse asimismo que abarca también la participación en el gobierno de las entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución.

"Asimismo [...] dicho precepto garantiza el derecho a que los representantes elegidos permanezcan en su cargo y puedan ejercer las funciones previstas en la ley." (FJ 2)

Entrando en el caso enjuiciado, la Audiencia consideró que los hechos enjuiciados suponían una infracción del precepto indicado, por cuanto:

"[...] incluido en el orden del día un determinado punto a propuesta de los concejales referidos, de conformidad con el artículo 81 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, dicho punto fue excluido del orden del día por el alcalde presidente sin ajustarse a las previsiones contenidas en el artículo 91 de dicho reglamento, que [establece] con carácter general en su número 2 que 'Todos

los asuntos se debatirán y votarán por el orden en que estuviesen relacionados en el orden del día' [...]" (FJ 2)

Por ello, la audiencia entendió que debía desestimarse el motivo de impugnación mencionado:

"[...] toda vez que se refiere al pronunciamiento sobre la legalidad o ilegalidad de la propuesta, cuestión en la que no se puede entrar ya que la tutela que se pretende es previa a la valoración judicial de la legalidad o ilegalidad del acuerdo, no siendo, además, dicha cuestión competencia de la jurisdicción ordinaria. Así las cosas, sustraer del debate del ayuntamiento una determinada propuesta efectuada por concejales del Ayuntamiento por entender que su posible aprobación es ilegal, restringe el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos de su competencia con arreglo a las previsiones legales, para que tras el oportuno y correspondiente debate se votara por los representantes elegidos la propuesta efectuada, como así vino a establecer la resolución recurrida toda vez que

la posible declaración de ilegalidad del acuerdo es competencia de los tribunales y no del alcalde, lo contrario sustraería del debate político lo que el alcalde considera ilegal anticipadamente, conclusión inadmisibles con arreglo a lo expuesto."

En virtud de lo expuesto, la Audiencia acordó desestimar el recurso interpuesto.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En relación con el contenido del artículo 23 de la CE, ver las siguientes sentencias: STC de 16 de julio de 2001 (Aranzadi 2001/167); STC 71/1989, de 20 de noviembre (FJ 3) (Aranzadi 1989/71); STC 51/1984, de 25 de abril (Aranzadi 1984/51); STC 32/1985, de 6 de marzo (Aranzadi 1985/32); STC 149/1988, de 14 de julio (Aranzadi 1988/149); STC 71/1989, de 20 de abril (Aranzadi 1989/71); STC 212/1993, de 28 de junio (Aranzadi 1993/212), y STC 80/1994, de 14 de marzo (Aranzadi 1994, 80), entre otras.

F) Jurisdicción penal

Tribunal Supremo. Acoso sexual de un alcalde a una concejal de su misma corporación. Subtipo agravado de abuso de autoridad en el delito de acoso sexual. Lesiones de carácter psíquico derivadas del delito de acoso sexual

SUPUESTO DE HECHO

La Sra. N, licenciada en Ciencias Económicas, fue incorporada a las listas electorales de un partido político para las elecciones a la Alcaldía de Ponferrada, según se acordó en la reunión celebrada con I, alcalde de dicho municipio. Tras la victoria de dicho partido político, en agosto de 1999, N fue nombrada concejal de Hacienda y Comercio, con dedicación exclusiva. Después del fallecimiento de la esposa de I en octubre del mismo año, éstos estrecharon las relaciones personales, culminando en relaciones sentimentales y sexuales libre y mutuamente consentidas durante éstas unos cuatro meses, experimentando a partir de entonces un deterioro progresivo. Tras la ruptura entre N e I surgieron situaciones de tensión entre ambos, derivadas de la negativa de continuar las relaciones sexuales de N y la insistencia de I, quien a partir de entonces dejó de potenciar y proteger la actividad profesional de N.

Tras ello sucedieron varios incidentes. Entre otros, la ausencia de N a una fiesta del partido provocó el disgusto de I, quien al día siguiente puso a los padres de N en conocimiento de la relación, con quienes posteriormente mantuvo una serie de conversaciones en las que se discutió sobre la continuidad de N en el Ayuntamiento, poniendo de manifiesto I la necesidad de evitar el escándalo que ello pudiera suponer. Por su parte, en cierto momento I efectuó recriminaciones a N por su trabajo en una sesión plenaria, tirando los papeles al suelo y dirigiéndose a la misma en términos de público reproche, y dejó sin efecto un decreto por el que le delegaba ciertas atribuciones. Por su parte, N fue desplazada del despacho que ocupaba en el edificio principal a otro cercano, con motivo de su nombramiento como presidenta del IMFE. En una ocasión, éstos efectuaron un viaje profesional, durmiendo en habitaciones contiguas. Asimismo, al asistir a la boda de un concejal del partido, ambos pernoctaron en la misma habitación.

No soportando las presiones psicológicas sufridas, N desapareció de Ponferrada, trasladándose a Madrid, donde fue atendida de urgencia por una psiquiatra, que le diagnosticó "trastorno adaptativo con estado de ansiedad en relación con un conflicto en medio laboral, recomendando la baja laboral". Al cabo de unos días, ésta acudió a la consulta de un psiquiatra en Ponferrada, quien le diagnosticó "trastorno adaptativo mixto, expresando que la paciente no es un tipo de persona fabuladora". Igualmente, en varias ocasiones, ésta acudió a un psicólogo,

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Jurisdicción penal. Recurso de casación núm. 1624/2002

FECHA: 7 de noviembre de 2003

PONENTE: Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar

VOTO PARTICULAR: Excmo. Sr. José Manuel Maza Martín

VOTO PARTICULAR: Excmo. Sr. Diego Ramos Gancedo

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 10 y 18 de la CE, y artículos 147.1 y 184 del CP

DOCTRINA: Acoso sexual de un alcalde a una concejal de su misma corporación. Subtipo agravado de abuso de autoridad en el delito de acoso sexual. Delito de acoso sexual. Lesiones de carácter psíquico derivadas del delito de acoso sexual (FJ 7 y 8)

go, quien le aconsejó la baja laboral, que al hacerse efectiva en septiembre de 2000 conllevó la reducción de sus emolumentos, cosa que no había sucedido en una situación análoga con otro concejal del mismo grupo.

En marzo de 2001, N convocó una rueda de prensa en la que anunciaba su dimisión y la presentación de una querrela. Ese mismo día, el alcalde y los concejales de su grupo convocaron a la prensa, manifestando éstos ante los medios de comunicación la adhesión al alcalde y su postura contraria a la actuación de la concejal querellante.

Los facultativos que previamente habían reconocido a N declararon que N era "abierto, inteligente, intuitiva, con tendencia a la ansiedad, a la depresión y a sentirse culpable, con escasa tolerancia a la frustración". Asimismo, destacaba que "no es un tipo de persona fabuladora, considerando que la historia narrada por N es coherente y verídica".

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid condenó a N por un delito de acoso sexual a la pena de multa de nueve meses, con una cuota diaria de 24 euros, con la responsabilidad penal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que se dejara de satisfacer. Por su parte, con-

denó a I al pago de 12.000 euros a N y al pago de la mitad de las costas procesales, incluidas las correspondientes a la acusación particular en dicha proporción, declarando de oficio el resto de las costas producidas en el proceso. Por su parte, I fue absuelto del delito de lesiones del que también estaba imputado. A dicha resolución fue planteado un voto particular favorable a la absolución de I.

Frente a dicha resolución, tanto el acusado como la acusación particular formularon recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que fue estimado en parte con respecto al recurso formulado por el acusado, y desestimado en relación con las alegaciones de la acusación particular.

El Tribunal estimó parcialmente el recurso interpuesto por el acusado y desestimó el interpuesto por la acusación particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Alegaciones del acusado

Falta de concurrencia en los hechos probados del delito

Entre otros motivos, el acusado alegaba falta de concurrencia en los hechos probados de los requisitos de tipo penal de los apartados primero y segundo del artículo 184 de la CE.

En relación con el acoso sexual, el Tribunal recordó que según el Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual, incluidos en la Recomendación de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, se define el acoso sexual como “aquella conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del varón en el trabajo y que puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales, en todo caso indeseados. Añade que la atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva y que lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo”. (FJ 7)

Asimismo, éste advirtió que:

“El acoso sexual, al constituir un atentado a la libre decisión de no verse involucrado en una relación sexual indeseada, está afectando a la esfera íntima de la persona, cuya protección proclama el artículo 18.1 de la Constitución, siendo igualmente un reflejo de su dignidad, enfatizado en el artículo 10 de la misma.” (FJ 7)

En cuanto a los elementos que deben concurrir para que una conducta se puede considerar como acoso sexual, según el Código penal, el Tribunal señaló lo siguiente:

“a) la acción típica está constituida por la solicitud de favores sexuales; b) tales favores deben solicitarse tanto para el propio agente delictivo, como para un tercero; c) el ámbito en el cual se soliciten dichos favores lo ha de ser en el seno de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual; d) con tal comportamiento se ha de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante; e) entre la acción que despliega el agente y el resultado exigido por la norma penal debe existir un adecuado enlace de causalidad; f) el autor tiene que obrar con dolo, no permitiendo la ley formas imprudentes en su comisión.” (FJ 7)

En cuanto al primer requisito “solicitud de favores sexuales”, el Tribunal recordó que en otras ocasiones había declarado que dicho requisito se cumple “[...] cuando media petición de trato o acción de contenido sexual que se presente sería e inequívoca, cualquiera que sea el medio de expresión utilizado, de tal modo que dicha conducta resulta indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufre. En efecto, basta con la mera solicitud, la cual podrá realizarse de forma explícita o implícita, pero en todo caso deberá revelarse de manera inequívoca”. (FJ 7)

Por su parte, éste hizo la siguiente aclaración:

“Tampoco naturalmente es preciso que se traduzca en actos de abuso o agresión sexual, propiamente delictivos en otros apartados del mismo título, pues de concurrir con el acoso sexual nos encontraríamos ante un concurso de normas que se resolvería ordinariamente por el principio de consunción. Desde esta perspectiva, el acoso sexual es algo previo, que persigue precisamente el abuso o la agresión sexual, pero que adquiere rasgos propios delictivos, en función de la protección penal que se dispensa a la víctima cuando se produce en el ámbito concreto en donde se penaliza, y que la ley diseña como el entorno laboral, docente o de prestación de servicios, cualquiera que sea la continuidad de los mismos, con una amplia fórmula que engloba todos aquellos ámbitos en donde se producen las relaciones humanas más necesitadas de protección.” (FJ 7)

Estudiando el caso de autos, el Tribunal consideró que dicho requisito se cumplía en el caso de autos, advirtiendo que:

“[...] en el relato histórico de la sentencia recurrida, intangible en esta vía casacional, como hemos dicho, se lee lo siguiente: ‘Producida la ruptura [de sus relaciones sentimentales], surgen entre el acusado y querellante, situaciones de tensión con trascendencia en la vida personal y profesional de ambos, derivadas de la negativa de N a continuar las relaciones sexuales y de la persistencia de I en sentido contrario [...]’; esta persistencia se refuerza en el inciso final del párrafo tercero del fundamento jurídico primero cuando refiere la Sala sentenciadora: ‘[...] ante la negativa a mantener unas relaciones sexuales inicialmente consentidas, insiste en la solicitud [...]’.” (FJ 7)

Al respecto, éste aclaró que:

“Es ajeno a la concurrencia de este primer requisito la contradictoria conducta de la querellante en algunos pasajes del relato histórico, que se ha justificado por los peritos informantes (médicos y psicólogos) en el bloqueo emocional que estas situaciones producen en las víctimas de hechos caracterizados por la ansiedad y la depresión, y que provocan trastornos adaptativos de la personalidad.” (FJ 7)

En relación con el segundo requisito (petición de favores sexuales para el propio acusado), el Tribunal entendió que era indiscutido que en el caso enjuiciado sucedía así.

En lo que respecta al ámbito en el que se debía producir la acción nuclear del tipo, el Tribunal señaló que:

“[...] es un elemento sustancial al delito que enjuiciamos, y es la causa de su incorporación como tipo penal a partir del Código penal de 1995, encontrándose fuertemente matizado tras la reforma de 1999, al punto que la doctrina científica ha entendido que se ha tipificado como tipo básico el denominado acoso ambiental.”

En relación con dicho ámbito el Tribunal declaró que:

“Dicho ámbito es definido por el legislador como una ‘relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual’. El fundamento del denominado ‘acoso ambiental’ hay que buscarlo en la mayor protección que debe dispensarse a las víctimas que se encuentren en uno de tales ámbitos, en donde las relaciones se enmarcan en un segmento de mayor riesgo a ser sometidas a tratos de naturaleza sexual por parte de sus potenciales hostigadores, en donde concurrirá de ordinario alguna situación de superioridad (pero que la ley no exige), siendo también posible su consideración típica cuando el acoso sexual se produzca en un cuadro de horizontalidad.” (FJ 4)

Al respecto, en relación con el caso enjuiciado, el Tribunal indicó lo siguiente:

“[...] la relación de servicios ha de predicarse del conjunto de relaciones personales resultantes de su consideración como componentes de una corporación local (concejal y alcalde, respectivamente), que satisface las exigencias del tipo penal, pues tal relación de servicios tiene que ser interpretada en el sentido de relación docente, laboral o afín a la misma, siendo meridianamente claro que la corporación municipal produce en su con-

junto servicios públicos de incuestionable vocación continuada, incluso con rango constitucional, por lo que el requisito ambiental en donde se desarrollaron los hechos queda patentemente cumplido.” (FJ 3)

En cuanto al cuarto requisito (provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante), el Tribunal señaló que:

“[...] la ley penal con este aspecto se refiere a un doble requisito: por un lado, una situación objetiva, pues no bastan meras impresiones al modo de una mera caracterización personal de la víctima; de otro, y como resultado delictivo que indiscutiblemente requiere el tipo penal [...]. El adverbio ‘gravemente’ se predica tanto de la situación intimidatoria, como de la hostil o humillante.” (FJ 3)

Al respecto, el Tribunal señaló que en el caso enjuiciado:

“El acusado, tras el cambio de actitud que se produce como consecuencia de la negativa a continuar las relaciones sexuales, [...], no solamente humilla públicamente a la querellante en el curso de una sesión plenaria municipal, hasta el punto de tirar los papeles al suelo y dirigirse a N en términos de público reproche, sino que, sin justificación aparente, le retira la delegación de atribuciones, sin causa que ampare ese comportamiento, la traslada de despacho a otro edificio, por más que éste sea colindante con el ayuntamiento, y concluye su acción disminuyéndola el sueldo [...], a causa de la baja laboral que sufre [...]” (FJ 7)

Por ello, el Tribunal entendió que con ello, el acusado “[...] provoca una situación de humillación y grave perjuicio, hasta allá donde sus prerrogativas se lo permiten, sin más justificación aparente que el rechazo a su solicitud de continuar las relaciones sexuales, igualmente para ser fieles con el relato factual”. (FJ 7)

De lo expuesto, el Tribunal extrajo la siguiente conclusión:

“Este resultado se encuentra, pues, en conexión causal con la aludida solicitud o pretensión, resultando dicha conexión del mismo relato probatorio, habiendo actuado el acusado con dolo, entendiendo por tal elemento subjetivo el simple conocimiento del riesgo potencial de poner en peligro el bien jurídico protegido por la norma, o si se prefiere, desde otra vertiente más clásica, la voluntad de infringir la norma jurídica con conocimiento de sus contornos fácticos, que el agente despliega de forma consciente. El dolo es palpablemente concurrente, y ni siquiera ha sido frontalmente puesto en entredicho por el recurrente.” (FJ 7)

Sin embargo, el Tribunal entendió que la conducta del acusado no era subsumible en el tipo agravado de abuso de autoridad, al no existir relación de superioridad entre el alcalde y los concejales de dicha corporación. En este sentido, éste indicó lo siguiente:

“[...] resulta relación alguna de superioridad entre miembros de una misma corporación municipal, cualquiera que sea el grupo político al que pertenezcan cada uno de los concejales de una entidad local. El alcalde solamente es superior jerárquico, a tenor de lo establecido en el artículo 41.14, del personal de la corporación, sea éste de carácter laboral, o perteneciente a la función pública, incluidos los funcionarios de habilitación nacional, y en el apartado 15, se le atribuye la jefatura directa de la policía municipal, pero no es superior jerárquico del resto de los concejales que con él forman la corporación municipal; y tal jerarquía es un elemento del tipo que no puede presumirse [...]”

Por ello, el Tribunal estimó parcialmente el motivo, en este particular, dictando segunda sentencia en donde se absolviera a I de esta faceta delictiva, no obstante mantener la condena por el tipo básico.

Alegaciones formuladas por la acusación particular. Concurso ideal del delito de lesiones con el delito de acoso sexual

La acusación particular entendía que, considerando que las

lesiones psíquicas sufridas por la querellante eran constitutivas de un delito de lesiones (artículo 147 del CP), se debía haber declarado la existencia de un concurso ideal de ambos delitos.

Sin embargo, el Tribunal desestimó dicha petición, por cuanto:

“Tal expresión fáctica no permite, en consecuencia, la estimación del motivo; primeramente, porque no se ha determinado con la suficiente exactitud ni el diagnóstico de su ansiedad, ni su duración, ni siquiera el tratamiento médico necesario para su curación: en ningún momento la resolución judicial recurrida se refiere a ese tratamiento, con una mínima especificación, por lo que al preguntarnos por dicho tratamiento, la respuesta negativa nos debe llevar inexcusablemente, como así sucedió en la sentencia de instancia, a la absolución del acusado al faltar tan ineludible componente fáctico, que no puede ser ‘recreado’ en contra del reo; en segundo lugar, porque tales consecuencias psíquicas son ordinariamente secuelas derivadas de la acción delictiva, indemnizables como tales como responsabilidad civil inherente al delito, y en el caso, se cifró el alcance cuantitativo por dicho concepto en la suma de 12.000 euros [...]” (FJ 8)

“En definitiva, solamente resulta concluyente una secuela que ha sido correctamente indemnizada por la sala sentenciadora en la suma de doce mil euros, a favor de la víctima, que aquí debemos mantener, y que no ha sido cuestionada.” (FJ 8)

Por lo expuesto, el Tribunal estimó parcialmente el recurso interpuesto por I, desestimando el interpuesto por N.

VOTO PARTICULAR

El Excmo. Sr. José Manuel Maza Martín formuló un voto particular por discrepar en la conclusión a la que llegó la mayoría en relación con la condena a I como autor de un delito de acoso sexual, así como en relación con la existencia de un delito de lesiones de carácter psíquico.

En relación con el delito de acoso sexual, éste precisó que:

“[...] nos hallamos ante una figura delictiva de carácter pluri- ofensivo que si, de una parte, integra un verdadero ataque a la dignidad de la persona, al exigir que el autor con su [...] comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante [...], también requiere la significación de un atentado a la libertad sexual, aun cuando protegida en este caso con el adelantamiento de las barreras punitivas derivado de su caracterización como mero delito ‘de tendencia’, no precisándose la producción de resultado alguno consumativo de la intención libidinosa, y, por tanto, de contenido sexual, ya que, en semejante supuesto, nos desplazaríamos hacia otras previsiones legales como las contenidas en los artículos 178 y siguientes del texto punitivo.”

Por su parte, éste indicó que:

“[...] mientras que para el resto de los ilícitos contra esa libertad sexual deviene, en general, bastante obvia la intención del autor de la conducta desde el mero examen de los contenidos de la misma, concretados en una determinada y explícita finalidad, en el caso del tipo que analizamos se impone un análisis más preciso de los verdaderos propósitos del sujeto activo, dados los significados equívocos que, en el terreno de las relaciones interpersonales, teñidas de un componente subjetivo, más o menos admisible, de afectividad, ciertas pretensiones o solicitudes pueden llegar a comportar.”

En relación con el caso enjuiciado, el magistrado admitió la existencia de un trato hostil hacia la denunciante por parte del acusado, y señaló que la finalidad de dicho trato hostil era la ruptura de la relación sentimental previa. Al respecto, éste entendía que “[...] ésa es la única alusión a la posible concurrencia de ánimo libidinoso en la conducta del recurrente que, por otra parte, se ve incorporada a toda una serie de datos y manifestaciones que claramente indican que semejantes deseos se enmarcaban en un designio más amplio de regreso a

una relación sentimental, en la que se inscribirían los contactos de contenido sexual”.

Por ello, el magistrado llegaba a la siguiente conclusión:

“Considero, [...] inadecuado conforme a derecho e incompatible con la literalidad del precepto penal, así como con el espíritu que guió al legislador en la elaboración de la norma, extender el carácter punible de la conducta, en el supuesto del delito de acoso sexual, a quien pretende no la mera obtención de una satisfacción sexual, sino el restablecimiento de unas relaciones afectivas rotas, en las que se integra el elemento sexual junto con otros componentes de naturaleza afectiva y relacional.”

Dicho esto, el magistrado advirtió que:

“Ello no significa, por supuesto y como más adelante comprobaremos, que la preexistencia de esa relación, o la búsqueda de establecerla, haya de justificar cualquiera clase de comportamiento dañoso para la persona destinataria del deseo [...], pero sí el que nos hallamos fuera de los comportamientos reprochables desde la formulación del artículo 184 del Código penal.”

Tampoco estuvo de acuerdo el magistrado con la existencia de una “relación de prestación de servicios”. Al respecto, éste declaró que:

“[...] afirmar que entre una concejal electa y el alcalde regidor de la corporación municipal se dé esa clase de vinculación, de nuevo, en mi opinión, supone un forzamiento del recto sentido de los términos del precepto, incompatible con el debido respeto al principio de legalidad penal.”

En éste sentido, éste señaló que:

“Todas las opiniones doctrinales al respecto, de las que tengo conocimiento, tienden a identificar esa mención legal con relaciones tales como las existentes entre los vinculados por cualquiera clase de arrendamientos de servicios, los empleados de hostelería con los huéspedes del establecimiento, los profesionales con sus respectivos clientes, los médicos con sus pacientes, etc., e, incluso, como algún autor llega a admitir, los voluntarios de ciertas organizaciones con los beneficiarios de las mismas, es decir, todas aquellas hipótesis que supongan asistencia de un sujeto a otro. Tan alejadas, evidentemente, del caso que nos ocupa, en el que querellante y querellado tan sólo se deben al servicio a los ciudadanos que les eligieron, en ningún caso a prestarse servicios recíprocamente.”

En relación con la posible existencia de un delito de lesiones de acuerdo con lo previsto por el artículo 147 del CP, el magistrado entendió que concurrían todos los elementos necesarios para apreciar su existencia:

“a) El empleo de medios o procedimientos por parte del acusado, hábiles para la causación de la lesión [...] que, en el presente caso, consistieron en las actitudes y comportamientos, públicos y privados, tenidos por el querellado contra la recurrente, con desprecio reiterado a su dignidad y al respeto personal que merecía.

“b) La indudable intención lesiva de esa conducta, motivada por la frustración causada por el rechazo manifestado por la víctima a proseguir la relación sentimental interrumpida y apoyándose, además, en el conocimiento, por su autor, de la fragilidad psíquica de la mujer, anteriormente puesta de manifiesto ante él.

“c) El resultado consistente en menoscabo de la integridad mental de la querellante [...]

“d) La necesidad objetiva de tratamiento médico-psiquiátrico dispensado a la lesionada para su curación, más allá de la primera asistencia o de la simple vigilancia o del mero seguimiento facultativo del curso de la lesión [...]

“e) La relación de causalidad, también pericialmente afirmada, entre la conducta del querellado y ese resultado lesivo padecido por la querellante.”

Por ello, el magistrado se mostró en contra del parecer de la mayoría, “al entender que los términos de la sentencia de los

jueces *a quibus*, literalmente transcritos, son expresivos, con claridad, de la concurrencia de los elementos integrantes del delito, incluida la necesidad de tratamiento médico, aun cuando exprese dudas acerca de la duración del mismo, lo que tan sólo podrá tener repercusión en el aspecto indemnizatorio de los resultados de la infracción, que evidentemente también habrían de cuantificarse”.

Dicho esto, indicó que:

“Es evidente que un trastorno diagnosticado, sin duda, como ‘depresión’, que cursa durante meses, ostenta la suficiente entidad para requerir verdadero tratamiento psiquiátrico.

“Teniendo ello como consecuencia, en todo caso, la aplicación del principio de consunción, [...] en el sentido de englobar el delito, más leve, de acoso sexual, para el caso de que se considere también cometido, en el de mayor gravedad punitiva que no es otro que el de lesiones, inicialmente sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a tres años.”

VOTO PARTICULAR

Por su parte, el Excmo. Sr. Diego Ramos Gancedo también formuló un voto particular, por entender que efectivamente se había producido un delito de lesiones. Al respecto, éste consideraba que concurrían todos los requisitos subjetivos y objetivos que tipifican la figura delictiva del artículo 147.1 del CP.

Según el magistrado:

“[...] surge con toda evidencia el resultado lesivo y la objetivación de la necesidad de tratamiento médico para su curación, elementos requeridos por el tipo; así como, sin duda, la relación de causalidad necesaria entre el resultado típico y la acción del acusado que genera dicho resultado. Y, en lo que atañe al elemento subjetivo, ninguna duda me cabe de que, asimismo, concurre el dolo requerido, al menos en su modalidad eventual, máxime cuando en el propio *factum* se hace constar ‘el deterioro notoriamente perceptible’ de la víctima, quien ‘no pudiendo soportar las presiones psicológicas sufridas’ acude en busca de ayuda a los psiquiatras y psicólogos que se citan en el relato histórico.”

Según el magistrado:

“[N] sufrió una enfermedad, de la que fue tratada por los especialistas que se mencionan en otro lugar del *factum*, y que las discrepancias en el diagnóstico de la lesión sufrida son accesorias, de menor entidad, ‘no esenciales’. Y, desde luego, resulta irrelevante para la consumación del tipo que el tratamiento médico haya sido más o menos prolongado y que no se haya determinado exactamente el tiempo real que estuvo impedida para sus ocupaciones; cuestiones éstas que únicamente afectarían al *quantum* de las responsabilidades civiles, pero no a la estructura del tipo penal.”

Por su parte, éste advirtió que:

“[...] cabe subrayar que lo que el tipo penal del artículo 147 exige es que la lesión que menoscaba la integridad corporal o la salud física o mental de otro requiera objetivamente tratamiento médico o quirúrgico. Es decir, el tipo no exige que el tratamiento se haya llevado a cabo efectivamente, sino que la lesión, considerada objetivamente, requiera este tratamiento.”

En este sentido, en relación con el caso estudiado, éste señaló que:

“[...] no sólo [...] ese tratamiento médico se ha realizado realmente, sino que, aunque ello no hubiera sido así, es claro y meridiano que la lesión psíquica sufrida por la víctima según ‘los documentados informes periciales cuya credibilidad está fuera de discusión’ [...], diagnosticada por dos especialistas en psiquiatría y un psicólogo señala que, además, de la asistencia a urgencias [...] y en múltiples ocasiones [...] por el psicólogo [...], esa lesión, repito, considerada en su propia objetividad, es de las que, según la experiencia científica acuñada en similares

diagnósticos, requiere necesariamente una atención médica de naturaleza psiquiátrica y psicológica más o menos prolongada en el tiempo para la curación del paciente.”

Dicho esto, el magistrado concluyó lo siguiente:

“Es claro que en el supuesto de autos no estamos ante ninguna agresión sexual consumada, ni siquiera intentada, agresión que, por la misma gravedad que tal acción entraña en la dignidad y autorrespeto de la mujer como ser humano en su ‘yo’ más íntimo, que se ve afrentado y pisoteado por el sujeto activo para conseguir satisfacer sus apetitos lascivos utilizando, además, violencia o intimidación; es claro, entiendo, que esa agresión sexual en cuanto tiene de genuina humillación y desprecio a la víctima en una faceta tan sensible y relevante de su intimidad, tiene que ocasionar, por regla, un daño a la salud psíquica de la víctima, como consecuencia ‘natural’ de una acción tan brutal y degradante, y que esa derivada lesión psíquica ha de incluirse ordinariamente en la antijuridicidad de la acción delictiva que la provoca por ser consustancial a ésta, resultando absorbida por el ilícito principal, o consumida en éste. Pero en el caso del acoso sexual, la gravedad de la acción, es decir, la antijuridicidad de la conducta en cuanto merecedora del reproche a que se hace acreedor el agente, es manifiestamente de menor entidad que la de una violación, sobre todo en el tipo

básico y que, también por regla, el daño psíquico que en su caso pueda ocasionar no resiste la comparación con el que lleva aparejada una agresión sexual, por lo que, en definitiva, considero que en caso de mera solicitud de favores sexuales una lesión anímica de importancia no resulta consecuencia ‘natural’ de la acción típica, como sí acaece en la violación, de suerte que cuando efectivamente se produce tal lesión y ésta reviste cierta entidad, surge de modo autónomo el delito de lesiones junto al de acoso sexual.”

Por ello el magistrado consideró que, además de un delito de acoso sexual, los hechos eran constitutivos de un delito de lesiones, lo que configuraba un concurso delictivo ideal a sancionar, debiéndose proceder a la imposición de una pena de multa y un año de prisión por el delito de lesiones.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre el acoso moral y sexual, ver la siguiente sentencia: SJCA núm. 15 de Madrid de 24 de octubre de 2003.

Sobre el delito de acoso sexual, ver la siguiente sentencia: STS 1135/2000, de 23 de junio (Aranzadi 2000/5789).

Sobre el delito de lesiones, ver la siguiente sentencia: STS de 1 de julio de 1992 (Aranzadi 1992/5863).

Tribunal Supremo. Autorización por parte de un alcalde del vertido de escombros de obras y otros residuos en un humedal. Delito de preverificación medioambiental. Delito contra el medio ambiente

SUPUESTO DE HECHO

El alcalde de Xeresa tuvo conocimiento de los vertidos de escombros y otros productos que se venían realizando en una serie de parcelas, cuyo suelo estaba clasificado como “no urbanizable protegido, marjalería B”. A fin de poder controlar dichos vertidos, previa petición de los propietarios o cultivadores, fue concediendo en nombre del Ayuntamiento autorizaciones en las que se les autorizaba a efectuar almacenamientos de escombros procedentes de obras, en las correspondientes parcelas, con la advertencia de que dicha autorización no amparaba “—vidrios, plásticos, cartones, papeles, neumáticos, botes, latas y otros envases; —maderas, palets, muebles; —chatarra, metales, electrodomésticos; —productos genéricos de cualquier categoría tóxica, pinturas, alquitranes, herbicidas, aceites usados, etc.; —baterías, acumuladores y similares; —en general, cualquier producto considerado tóxico o peligroso, con un claro impacto negativo para el medio; —todo tipo de materia orgánica”. En el documento en cuestión, se advertía que el Ayuntamiento efectuaría un control de los depósitos realizados que, en el caso de incumplimiento, llevaría la imposición de una sanción.

Entre 1995 y 1998, fueron concedidas un total de 42 autorizaciones, si bien algunas de ellas eran para las mismas personas, que ampliaban el período de vigencia. Al amparo de dichas autorizaciones, se vinieron vertiendo en dichas parcelas principalmente escombros procedentes de la construcción, así como productos como envases, enseres domésticos, algunos envases de plástico y de productos fitosanitarios, así como arenas y otros productos inertes. Éstos fueron depositados no sólo sobre la superficie firme de las parcelas sino también sobre una suerte de balsas anejas a algunas parcelas, la mayoría de ellas con cultivos de naranjos en producción, formados por la extracción de tierras que se aprovechaban para elevar el terreno, y también, de forma natural por el agua que manaba de los acuíferos. Tales vertidos y el aterramiento producido sobre parte de las balsas produjo una incidencia medioambiental de un valor “2-incidencia baja”.

Frente dichos hechos, una organización ecologista denunció la comisión por el alcalde de un delito de preverificación medioambiental en concurso con un delito contra el medio ambien-

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.
Jurisdicción penal. Recurso de casación núm.
2863/2002

FECHA: 7 de noviembre de 2003

PONENTE: Excmo. Sr. José Antonio Martín Pallín

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 329.2 del CP

DOCTRINA: Autorización por parte de un alcalde del vertido de escombros de obras y otros residuos en un humedal. Delito de preverificación medioambiental. Delito contra el medio ambiente (FJ 1 y 2)

te. La Audiencia Provincial de Valencia absolvió al acusado de la comisión de dichos delitos.

Frente a dicha resolución, tanto la organización ecologista como el Ministerio Fiscal interpusieron recurso de casación, por entender que ésta había adoptado acuerdos que no se encontraban amparados por disposición legal alguna y que afectaban a “suelo no urbanizable protegido”. En este sentido, estimaban que se habían vulnerado una serie de disposiciones de carácter general y de ámbito autonómico, destacando que esa situación de injusticia sobrepasaba más si se tenía en cuenta que la zona afectada gozaba de protección, indicando que, a pesar de que, como afirmaba la sentencia impugnada, no hubiese sido declarada zona húmeda, dicha condición se adquiere por su propia condición y configuración y no por su declaración administrativa. Asimismo, se indicaba que el alcalde había actuado a sabiendas de la producción de una conculcación de la normativa que se debió aplicar. Finalmente, se advertía que la decisión de aterrizar un humedal produjo un perjuicio a terceros.

El Tribunal supremo estimó el recurso

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Delito de preverificación contra el medio ambiente

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal procedió a analizar las afirmaciones efectuadas por la sentencia impugnada en las

que ésta se basaba para justificar la inexistencia de vulneración de la normativa medioambiental, afirmaciones con las que no estaba de acuerdo.

Al respecto, éste señaló en primer lugar que:

"[...] el artículo 16 de las Normas subsidiarias de planeamiento, establece unas pautas que cualquier lector, sea cual sea su condición profesional o su formación cultural, puede comprender. La exclusión de edificaciones y vertidos químicos en las acequias, supone, con abrumadora lógica, la prohibición añadida de autorizar actuaciones muchísimo más graves y destructivas, como los vertidos de escombros, que no sólo afectan a los cauces sino que eliminan los humedales en la zona en la que se producen. Como señala el Ministerio Fiscal, la Ley de la Generalidad Valenciana del suelo no urbanizable 4/1992 establece, con carácter general, el deber de 'abstenerse de realizar cualesquiera actividades o actos que puedan tener como consecuencia o efectos la contaminación de la tierra, el agua o el aire'." (FJ 1)

En relación con las zonas húmedas, éste señaló que:

"[...] la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, en materia administrativa, ha declarado que las zonas húmedas deben ser protegidas, sin necesidad de una declaración específica que las convierta, en virtud de una especie de acto taumáturgico, obrado por el simple impulso del boletín oficial, en zonas protegidas. Cualquier persona que esté simplemente inmersa en su medio, sabe de antemano y con independencia de cualquier declaración formal, que las zonas húmedas constituyen un espacio singular en nuestra geografía y que, sólo por ello, cualquier actuación sobre las mismas, debe preservarlas de cualquier peligro concreto de desaparición, como ha sucedido en el caso presente con una superficie considerable del Marjal de La Safor". (FJ 1)

En este sentido, el Tribunal recordó que, con independencia de que posteriormente dicha zona fuera declarada como Espacio Natural Protegido, ya antes la "Ley de aguas en su artículo 103.1, establecía que: 'Las zonas pantanosas o encharcadas, incluso las creadas artificialmente, tendrán la consideración de zonas húmedas' sin perjuicio de que su delimitación se realice de 'acuerdo con la correspondiente legislación específica'". (FJ 1)

Asimismo, éste señaló que la Ley de aguas "[...] contempla como dominio público los lechos de los lagos y lagunas [artículo 2.e)]. Otras disposiciones de este mismo texto evidenciaban, desde su entrada en vigor la especial protección de estas zonas. Al regular la planificación hidrológica, hace una referencia específica al uso del agua en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales y considera de protección especial, determinados acuíferos o masas de aguas que, por sus características naturales o intereses ecológicos, lo justificase". (FJ 1)

En relación con la normativa autonómica en relación con las zonas húmedas, éste recordó que:

"[...] la Ley 11/1994 de la Generalidad Valenciana de espacios naturales protegidos nos dice claramente en sus artículos 15.1 y 2 que se entenderán por zonas húmedas, a efectos de la presente ley, las marismas, marjales, turberas y aguas rasas, ya sean permanentes o temporales, de aguas estancadas o corrientes, dulces, salobres o salinas, naturales o artificiales." (FJ 1)

En cualquier caso, además de dichos argumentos normativos, el Tribunal advirtió lo siguiente:

"[...] añadiendo argumentos de carácter cultural y científico, que la valoración de la necesidad de mantener el medio ambiente como patrimonio y garantía de las generaciones futuras, se ha integrado en el acervo cultural de la humanidad e incluso, las legislaciones más modernas, como la española, han llegado a incluir la protección al medio ambiente en el texto constitucional." (FJ 1)

Según el Tribunal, la conducta del alcalde contravenía dichas previsiones, que advertían que: "[...] no se podía actuar con autorizaciones agresivas como las que se describen en el hecho probado, sobre un medio específico y de singulares características que debía ser especialmente protegido."

Sin embargo, en cuanto a la conducta del alcalde, el Tribunal señaló que:

"La conciencia y voluntad de actuar de forma consciente para modificar y recalificar, en un futuro, los terrenos que surgen del aterramiento provocado por los vertidos (a sabiendas de la ilegalidad de su decisión) se pone de manifiesto por la actuación sobre una norma urbanística de gran trascendencia como es en cualquier municipio, el plan general de ordenación urbana. El alcalde acusado [...] pone en marcha una maniobra atentatoria al medio ambiente, como es la de cambiar la calificación del marjal a suelo urbanizable común, lo que suponía un grave peligro para la estabilidad ecológica del sistema." (FJ 1)

Dicho esto, el Tribunal señaló que:

"Es evidente que actuó a sabiendas, es decir, con dolo y a conciencia de la injusticia y la ilegalidad de su decisión [...] era perfectamente factible que el autor conociese la realidad externa sobre la que, deliberadamente estaba actuando. El objeto sobre el que recae la acción formaba parte de un mundo, perfectamente accesible a la observación de sus circunstancias específicas. Con sus autorizaciones, contrarias a la legalidad y a la más elemental racionalidad, que proporciona del conocimiento del valor ecológico del humedal, produjo un daño de incuestionable impacto ecológico como reconoce la propia sentencia recurrida." (FJ 1)

Por su parte, el Tribunal advirtió que:

"[...] el impacto medio ambiental, que no es, en absoluto, obstáculo para que el ensanche de los centros urbanos, pueda perfectamente encontrar otros cauces sin necesidad de agredir y destruir parcialmente un terreno, tan intrínsecamente protegible, como es un humedal de las características de la que estamos contemplando en este caso." (FJ 1)

En relación con la responsabilidad civil derivada del delito, el Tribunal señaló que:

"Tratándose de un delito cometido contra un paraje de valor ecológico incuestionable, como reconoce la propia sentencia, el efecto reparador de la actuación del Derecho penal, debe poner especial énfasis en la recuperación, a ser posible total, de la configuración del marjal antes de que se empezase a actuar por parte del acusado, ya que no es posible establecer responsabilidad civil subsidiaria en este trámite, porque la corporación local no ha sido parte en el recurso de casación, ni ha sido oída." (FJ 1)

En cuanto a la actuación a realizar, el Tribunal señaló que:

"[...] la solución ajustada es la de realizar, a costa del causante, las actuaciones necesarias para retirar los escombros vertidos, levantando el aterramiento y restituyendo al Marjal de La Safor su estado anterior a los vertidos derivados de las autorizaciones ilícitas concedidas o actuaciones concertadas por el acusado." (FJ 1)

Delito contra el medio ambiente

En relación con la posible existencia de un delito contra el medio ambiente al margen del de prevaricación, el Tribunal advirtió que:

"[...] se ha prevaricado y, además, se ha ocasionado un daño al medio ambiente que, de otra manera, no se hubiera producido. Es precisamente la conducta prevaricadora del funcionario, garante de la protección de ambos bienes jurídicos, la que, con su actuación dolosa, da vía libre a la producción del riesgo o daño." (FJ 2)

Al respecto, el Tribunal procedió a analizar si "[...] nos encontramos ante un solo hecho, en su sentido natural y jurídico, o

ante varias acciones que pueden ser descompuestas, desde la perspectiva de lo que, en la doctrina, se conoce como acción natural". (FJ 2)

En este sentido, el Tribunal señaló que:

"[...] el delito de prevaricación es compatible con el delito contra el medio ambiente, si se cumplen las reglas generales de la autoría y participación. Se puede producir una connivencia entre el funcionario y el particular que lleve a aquel a la comisión de un delito de prevaricación, del que se puede considerar inductor al extraño, y por supuesto una cooperación necesaria en el delito medio ambiental." (FJ 2)

Siendo ello así, en el caso enjuiciado el Tribunal declaró lo siguiente:

"El autor de las autorizaciones de vertidos ilegales fue el propio alcalde, por lo que se considera autor de un delito de prevaricación específica contra el medio ambiente. No consta que ninguna otra persona haya participado, por inducción o compra de voluntades, en la expedición de las autorizaciones, lo que impide que busquemos responsabilidades mas allá de la actuación del funcionario público. Los terrenos sobre los que se producían los vertidos autorizados eran de dominio público y lo que pretendía el recurrente es que, por este medio, se ganase ilícitamente una superficie, que después pretendía reconvertir en suelo urbanizable, lo que le transforma, también, en autor del delito contra el medio ambiente." (FJ 1)

Sentado lo anterior, el Tribunal advirtió que:

"Si tenemos en cuenta que toda la lesión a los bienes jurídicos protegidos tiene su origen y causa directa en las autorizaciones ilegales, estimamos que nos encontramos ante un supuesto de concurso ideal heterogéneo, ya que la acción delictiva se proyecta sobre dos bienes jurídicos protegidos. Serían de aplicación, por tanto, las reglas previstas en el artículo 77 del Código penal, que nos lleva a considerar, *a priori*, la imposición, en la mitad superior, la pena correspondiente al delito que tenga fijada una sanción más elevada. Todo ello, sin perjuicio de buscar la formula más adecuada y proporcionada, cuando sea posible llegar a una solución más favorable para el reo, si se procede a penar por separado cada una de las infracciones constatadas." (FJ 2)

En este sentido, el Tribunal entendió más favorable al reo la punición por separado. Antes de efectuar el correspondiente cálculo, el Tribunal advirtió que:

"[...] los titulares de los poderes públicos, y especialmente los alcaldes, tienen un especial deber de cumplir con el mandato constitucional y legal que impone conservar y proteger el hábitat natural, no sólo en función del respeto por la calidad de vida, sino asumiendo que nos encontramos ante un bien permanente, que no es patrimonio de los actuales habitantes, sino que debe transmitirse a las generaciones futuras como muestra de una insoslayable solidaridad colectiva." (FJ 2)

Dicho esto, y en relación con la punición de ambos delitos, el Tribunal declaró lo siguiente:

"En el caso presente la prevaricación permite una pena de multa, alternativa a la prisión, que va desde los ocho a los veinticuatro meses. Aplicando las previsiones del Código penal sobre la forma de cuantificar la pena de multa, la cuota diaria, cuando todavía no se había adoptado el euro era de un mínimo de doscientas y un máximo de cincuenta mil pesetas. Teniendo en cuenta la gravedad del hecho, el impacto medioambiental producido y la desatención de los intereses generales, por parte de un servidor público elegido por voluntad ciudadana, estimamos que la cuantía ajustada y proporcionada del día-multa debe ser la de cincuenta mil pesetas. A su vez, por las mismas razones y por haberse sustituido la pena privativa de la libertad por una sanción pecuniaria, la cantidad debe calcularse sobre su duración máxima, es decir, veinticuatro meses. En relación con

la pena de inhabilitación especial, su duración se debe fijar en ocho años, que equivalen a dos periodos electorales." (FJ 2)

En cuanto al delito contra el medio ambiente, el Tribunal señaló que:

"[...] el delito contra el medio ambiente nos permite imponer una pena de un año de prisión, una multa de veinticuatro meses en la cuantía de día-multa de cincuenta mil pesetas y una pena de inhabilitación especial para profesión u oficio de dos años." (FJ 2)

Por lo expuesto, el Tribunal declaró haber lugar al recurso de casación, casando y anulando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, por un delito de prevaricación medioambiental y contra el medio ambiente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre la protección de humedales, ver la siguiente sentencia: STSJ del País Vasco 370/2002.

Sobre concurso entre el delito de prevaricación y las consecuencias derivadas o anudadas a la ejecución de la decisión prevaricadora, ver las siguientes sentencias: STS de 7 de noviembre de 1986 (Aranzadi 1986/6813); STS de 10 de abril de 1992 (Aranzadi 1992/2954), y STS de 22 de abril de 1996 (Aranzadi 1996/2893).

G) Comentarios a la jurisprudencia en materia de contratación de las administraciones públicas

Julia Fajardo García

Licenciada en Derecho.

Técnica de gestión de la Diputación de Barcelona

Esta sección, que se inserta en la crónica de jurisprudencia, tiene por objeto analizar las sentencias de contratación de las administraciones públicas seleccionadas cada cuatrimestre de las distintas jurisdicciones. La finalidad es presentar de forma horizontal decisiones que afectan a la contratación pública y que han sido adoptadas desde perspectivas muy diversas, como son las del juez civil, las del contencioso-administrativo y las del comunitario.

Esperamos que la utilidad de la sección se vea incrementada con la acumulación de sentencias analizadas a lo largo de los distintos números de la revista, dado que en la selección cuatrimestral deben descartarse sentencias de notable importancia por razones de espacio o por referirse a otras seleccionadas recientemente. El lector no debe esperar en esta primera ocasión una visión global de la contratación administrativa, sino un comentario de sentencias destacadas, que de forma progresiva irán ofreciendo una visión global de la posición jurisprudencial en materia de contratación administrativa.

Los comentarios de las sentencias se estructuraran a partir de la propia Ley de contratos de las administraciones públicas y en este comentario se tratarán el ámbito subjetivo, el ámbito objetivo, las actuaciones relativas a la contratación, la revisión de precios y la subcontratación.

DEL ÁMBITO SUBJETIVO

En relación con el ámbito subjetivo de la crónica de jurisprudencia, se recogen dos sentencias. Por un lado, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de octubre de 2003, que declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que tiene en virtud de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no haberse sometido 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, SA (SIEPSA), sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37.

Por otro lado, la dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz el 28 de octubre de 2003, que declara la incompetencia de jurisdicción del orden jurisdiccional civil para conocer de la demanda sobre incumplimiento de un contrato de obra suscrito entre una constructora y una junta de compensación, y atribuye su conocimiento al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La primera sentencia declara el incumplimiento del Reino de España por no haberse sometido a las disposiciones de la Directiva de contratación pública en la licitación convocada por una sociedad estatal (SIEPSA) para la ejecución de unas obras. En esta resolución, el Tribunal analiza el concepto de "poder adjudicador" y de "organismo de Derecho público", y concluye que SIEPSA cumple las condiciones que establecen las directivas comunitarias¹ sobre contratación para ser considerada como una entidad adjudicadora.

Esta sentencia debe examinarse en paralelo con la STJCE de 15 de mayo de 2003, en la que ya se declaró el incumplimiento del Reino de España por una transposición incorrecta de las directivas de contratación y recursos. En este punto, es necesario recordar que como adaptación del ordenamiento jurídico español a esta jurisprudencia, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, ha modificado el artículo 2.1 y la disposición adicional sexta del TRLCAP.

Sobre este tema no se plantean dudas interpretativas, ya que esta sentencia viene a confirmar la postura del TJCE en el sentido de considerar incluidas en el concepto de "organismo de Derecho público" a las entidades de Derecho privado que reúnan de forma acumulativa los tres requisitos establecidos en las directivas de contratación (actual artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE) y reproducidos en el nuevo artículo 2.1 del TRLCAP.

En consecuencia, podemos concluir que, de acuerdo con la redacción de este precepto, estas entidades están sujetas al TRLCAP en lo relativo a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos nominativos que superen los umbrales comunitarios, como en este caso ocurre con el contrato suscrito por SIEPSA. Así mismo, cuando no superen estos umbrales se habrán de ajustar a los principios de publicidad y concurrencia, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional sexta del TRLCAP.

En cuanto a la opinión de los órganos administrativos de informe y de consulta sobre la aplicación de la LCAP a las sociedades mercantiles públicas, destacamos dos informes, uno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado de 13 de junio de 2002² y otro de la de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 28 de octubre de 1999,³ que afirman que estas entidades sujetan su actividad contractual, únicamente, a los principios de publicidad y concurrencia. A pesar de ser muy recientes, su doctrina se ha visto superada por la última reforma legislativa que modifica el artículo 2 del TRLCAP y por las STJCE de 15 de mayo de 2003 y de 16 de octubre de 2003.

1. a) Creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,

b) dotado de personalidad jurídica, y

c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u 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, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

2. Informe 6/2002, "Posible exigencia obligatoria por las sociedades mercantiles públicas del requisito de clasificación de las empresas en los contratos de obras o de servicios que adjudiquen".

3. Informe 12/1999, "Régimen jurídico de la actividad contractual del Institut Balear de Desenvolupament Industrial (IDI) y sujeción a la LCAP".

La segunda sentencia (la dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz) nos obliga a afrontar temas enormemente controvertidos en este momento. La Junta de Compensación realiza un contrato cuyo objeto es una obra pública (lo cual para la STJCE de 12 de junio de 2001, conocida como Sentencia Scala 2001 ya podría ser suficiente, según como sea interpretada, para aplicar las directivas comunitarias de contratación) y la naturaleza jurídica de la Junta obliga a plantearse la inaplicabilidad del TRLCAP por no estar incluida esta entidad en su ámbito subjetivo o su aplicabilidad, por estar incluida en el artículo 1.3 o en el artículo 2.1 del TRLCAP.

Lo primero que debe constataarse es que la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz es la última de una línea jurisprudencial consolidada en el ámbito de la jurisdicción civil [ver AAP de Tarragona de 26 de marzo de 2003 (JUR 2003/209918), AAP de Barcelona de 7 de enero de 2003 (AC 2003/1253), AAP de Cantabria núm. 431/2002 de 17 de octubre (JUR 2003/11274), SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 431/2002, de 14 de octubre (JUR 2003/29084), SAP de Jaén núm. 513/2000, de 14 de octubre (JUR 2001/9558), AAP de La Rioja núm. 117/2000, de 12 de julio (JUR 2000/286510), y SAP de Cádiz, de 10 de marzo de 2000 (AC 2000/4896)].

Contrariamente, del examen de las bases de datos de jurisprudencia, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa sólo hemos localizado tres sentencias que resuelven recursos cuyo objeto son contratos celebrados entre juntas de compensación y contratistas de obras de urbanización, de las cuales dos son anteriores a la Ley de contratos de las administraciones públicas de 1995, y una posterior. Se trata de las STS de 30 de octubre de 1989 y de 24 de mayo de 1994, y la STJ de Castilla y León de 6 de junio de 2003. La STS de 30 de octubre de 1989, de manera incidental, afirma que las juntas de compensación al contratar no han de someterse a las formalidades propias del Derecho administrativo. Al ser su objeto principal el examen sobre la suficiencia de la titularidad fiduciaria de la Junta para disponer de un determinado terreno, la anterior afirmación no tiene excesivo valor a los efectos de nuestro estudio.

La STS de 24 de mayo de 1994 establece la naturaleza administrativa de los contratos que realiza la Junta de Compensación con terceros para las obras de urbanización. Sin embargo, debe advertirse que fundamenta el carácter administrativo en la posición que la ley atribuye a la Administración pública en la adjudicación y ejecución de este contrato.⁴

La STJ de Castilla y León de 6 de junio de 2003 resuelve una reclamación de cantidad de parte del precio, formulada por la empresa que ejecutó las obras de urbanización contratada por una junta de compensación. El Tribunal desestima la pretensión de inadmisión que plantea la Junta de Compensación por entender que la jurisdicción contencioso-administrativa “no es competente para conocer de una reclamación contractual de índole civil, pues el contrato de obra en que se apoya no tiene carác-

ter administrativo”. El argumento de la Sala es pura y simplemente reproducir el contenido de la STS de 24 de mayo de 1994 sin aportar ningún argumento nuevo que clarifique la interpretación de la legislación de contratos vigente.

Que la legislación de contratos ha sido interpretada en la práctica cotidiana de las juntas de compensación, lo corrobora el Informe 3/2003, de 29 de abril, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, que concluye que las obras de urbanización llevadas a cabo por la Junta de Compensación en la modalidad de compensación básica no se rigen por la LCAP. El fundamento del informe se puede sintetizar en dos aspectos:

a) Que la legislación urbanística vigente en el momento de dictarse no establecía la obligación.

b) Que la Junta de Compensación no cumple los requisitos exigidos en la legislación de contratos desde la perspectiva subjetiva, sea proyectada sobre los artículos 1 y 2, ni en la disposición adicional sexta de la LCAP, lo sea sobre el artículo 120. En concreto, se señala que no cumple la condición de Administración pública en ninguna de las acepciones que se fijan en estos artículos.

Éste es el criterio sustentado por el Reglamento parcial de la Ley catalana 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo, aprobado por el Decreto 287/2003, en su artículo 69.2, que reconoce el carácter privado de los contratos realizados por las juntas de compensación, y, sin embargo, los somete a procedimientos de contratación análogos a los previstos en la legislación de contratos (abierto, restringido y negociado).

De todo ello, podemos deducir que las salas civiles de las audiencias provinciales han establecido una línea jurisprudencial, que ya hemos comentado y que no ha sido sancionada por el Tribunal Supremo, que declara la naturaleza administrativa de las juntas de compensación y, por tanto, se declaran incompetentes para resolver los litigios que se someten a su conocimiento. Sin embargo, los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa ni son tan concluyentes ni tienen definida una posición clara respecto del tema. A su vez, los órganos administrativos de consulta (Junta Consultiva de Contratación de la Generalidad de Cataluña) afirman la no-aplicación de la LCAP a las juntas de compensación, fundamentándose en la regulación establecida por la legislación urbanística.

Sobre este panorama la STJCE de 12 de julio de 2001, Ordine degli Archtetti y otros, conocida como Scala 2001, crea nuevas dudas sobre la aplicación o no de la legislación de contratos a los realizados por las juntas de compensación. Debemos destacar la opinión de Gimeno Feliu,⁵ que señala, al ponderar los efectos de la Sentencia Scala 2001 en los contratos celebrados por las juntas de compensación, al igual que Baño León,⁶ que cuando la cuantía del contrato no supere el umbral comunitario, puede afirmarse con rotundidad que la Junta de Compensación

4. En el presente caso, se trata de la contratación para la ejecución de unas obras de urbanización y, por tanto, de una obra pública, cuya titularidad corresponde a la Administración actuante. En este sentido, importa destacar no sólo las facultades reconocidas a la Administración para vigilar la ejecución de las obras e instalaciones –artículo 175.3 del Reglamento de gestión– sino las cláusulas que, según el artículo 176.3 del mismo reglamento, debe necesariamente contener todo contrato de ejecución de obra concertado por la Junta de Compensación, entre las que destacan, en lo que ahora importa, el compromiso de la empresa constructora de realizar las obras de total conformidad con los proyectos de urbanización debidamente aprobados y la obligación de la empresa de facilitar la acción inspectora de la Administración actuante. En la misma línea, el artículo 69 del Reglamento de planeamiento (RCL 1978/1965 y ApNDL 13921) establece que entre la documentación que debe contener los proyectos de urbanización se encuentra el pliego de condiciones técnicas y de condiciones administrativas para la con-

tratación de las obras y servicios, y así en el presente caso, en la cláusula 12 –folio 22 del expediente administrativo– se determinó que “el contrato dimanante del presente concurso es por su objeto fundamental y esencialmente administrativo”. En todo caso, la naturaleza pública de la obra y la naturaleza administrativa de la Junta de Compensación imponen el conocimiento de la presente cuestión a esta jurisdicción, como así lo entendió, en un supuesto idéntico al actual, la antigua Sala 4.^a de este Tribunal en Sentencia de 26 de febrero de 1985 (RJ 1985/1233).

5. GIMENO FELIU, José María. “La contratación pública en Europa. El nuevo paquete legislativo y su incidencia en nuestra práctica diaria”. Ponencia del seminario “La nueva contratación pública Europea. ¿Cómo nos afecta?”, celebrado en Barcelona, el 14 y 15 de junio de 2004.

6. BAÑO LEÓN, José María. “El mercado público de las obras de urbanización: Notas sobre las consecuencias de la Sentencia Scala 2001”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 4, págs. 31-34.

no se encontrará sometida a las reglas contractuales contenidas en la LCAP.

A modo de conclusión, y sin perjuicio de las nuevas resoluciones que podamos ir ponderando en el futuro, se advierte:

a) Que el TJCE apunta hacia una flexibilización del elemento subjetivo en los contratos de obra pública, poniendo el acento en el resultado y en la propiedad final.

b) Que las salas de lo civil de las audiencias provinciales entienden, sin examinar la legislación de contratos vigente ni las directivas comunitarias sobre contratación, que los contratos para ejecutar las obras de urbanización no se someten al Derecho privado.

c) Que en el ámbito de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa no existe un posicionamiento claro, que puede explicarse a la luz de las dudas que arroja la legislación vigente.

Ante esta inseguridad jurídica, parecería oportuno que las legislaciones urbanísticas regulasen de manera concreta el régimen jurídico de estos contratos, teniendo presente la legislación de contratos y que cuando su cuantía superase los umbrales comunitarios, parece que podría interpretarse que estos contratos deberían someterse a lo que dispone el vigente artículo 2.1 del TRLCAP (modificado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social).⁷ La legislación urbanística ha clarificado una cuestión semejante al establecer que la gestión urbanística (en las diversas modalidades previstas por las legislaciones autonómicas sobre urbanismo), se someten en cuanto a la preparación y adjudicación a la legislación de contratos de las administraciones públicas.

DEL ÁMBITO OBJETIVO

Entre las sentencias seleccionadas en la crónica de jurisprudencia, dos de ellas se refieren al ámbito objetivo de aplicación de la TRLCAP. La primera es la STS de 22 de julio de 2003, que tiene por objeto la desestimación de una petición de reversión de un bien inmueble formulada por un ayuntamiento al Ministerio de Defensa. La segunda es la STS de 4 de julio de 2003, que examina la legalidad de un complejo convenio de asistencia entre múltiples administraciones públicas y entes instrumentales de las mismas sometidos al Derecho privado y público.

La STS de 22 de julio de 2003 resuelve un recurso formulado contra la STSJ de Madrid de fecha 28 de enero de 1999, que desestimó el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Plasencia (Cáceres) contra la Resolución del Ministerio de Defensa de 13 de marzo de 1995, que confirmó en vía de recurso la desestimación de la petición de la corporación recurrente sobre reversión de la finca "Colonia Militar La Inmaculada" que donó al Estado. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Plasencia y estima el recurso contencioso deducido en su día, anulando las resoluciones recurridas por no ser conformes a derecho y declarando el derecho del Ayuntamiento de Plasencia a la reversión objeto del procedimiento.

7. La anterior opinión se fundamentaría en que las juntas de compensación son una entidad de Derecho público, tendría un núcleo de funciones dirigidas a satisfacer necesidades de interés general (realizar la transformación urbanística, ejecutar la obra urbanizadora, entregarla a la Administración pública y concretar los terrenos de cesión gratuita y obligatoria a la Administración pública); su gestión está sometida a control de la Administración (que aprueba muchos de sus actos o resuelve los recursos presentados contra ellos); realiza un contrato de obra pública y su importe supera el umbral comunitario.

Con esta resolución, se nos plantean dos cuestiones: por un lado, el estudio de la naturaleza de la cesión gratuita de terrenos o bienes municipales de naturaleza patrimonial sujeta al cumplimiento por el ente adquirente de una finalidad de interés para el municipio, y su posible inclusión en el ámbito objetivo del TRLCAP; y, por otro lado, los efectos del incumplimiento por parte del cesionario de la adscripción de los bienes a esa finalidad de interés público.

Sólo nos referiremos a la primera de las cuestiones. La reflexión la realizamos al hilo de la afirmación del fundamento jurídico tercero que, después de analizar los antecedentes jurisprudenciales, señala que la donación modal, en supuestos como el que nos ocupa, es un contrato que tiene carácter administrativo. Según la sentencia, a estos contratos, a falta de normas específicas aplicables, se les aplica el Derecho privado, tras lo cual concluye que ello sería irrelevante para resolver la cuestión, dado que procede la reversión de los bienes, tanto si se aplica el artículo 647 del CC, como si se aplica el Reglamento de bienes de las corporaciones locales.

Destacamos esta sentencia por lo ambiguo de la terminología utilizada al señalar que la donación modal de bienes patrimoniales entre administraciones públicas es un contrato de carácter administrativo. Un análisis de la legislación vigente nos obliga a distinguir dos supuestos:

a) Una donación modal (o una compraventa, permuta, arrendamiento u otro negocio jurídico análogo) de bienes patrimoniales entre administraciones o a favor de un privado, podría ser un contrato administrativo especial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.2.b) del TRLCAP, si resultaran vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, si dieran satisfacción de forma directa o inmediata a una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley. Sirva de ejemplo el contrato de compraventa objeto del recurso resuelto por la STSJ de Asturias, de 22 de mayo, en la que la sala afirma que la enajenación de una parcela municipal a cambio de una parte en dinero y otra mediante la cesión futura al ayuntamiento del local construido, es un contrato administrativo especial de acuerdo con el artículo 5.2.b) del TRLCAP.

b) Una donación modal (o una compraventa, permuta, arrendamiento u otro negocio jurídico análogo) de bienes patrimoniales entre administraciones o a favor de un privado, será en la mayoría de los supuestos un contrato patrimonial sometido al régimen del artículo 110 de la Ley 33/2003, de 3 noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas.⁸ Este contrato debe diferenciarse, desde la perspectiva del artículo 9 del TRLCAP, respecto a los contratos privados *stricto sensu* el régimen de los cuales es estar sometido en cuanto a su preparación y adjudicación a las normas administrativas específicas y en su defecto por la LCAP.

Esta distinción que, de una primera lectura de la sentencia que nos ocupa, parecería irrelevante tiene consecuencias jurídicas muy trascendentes. Desde el punto de vista de los efectos y extinción de los contratos administrativos especiales, el régimen jurídico de éstos, es el previsto en los artículos 7 y 8 del TRLCAP. De estos preceptos se desprende que, en todo caso, el orden jurisdiccional para resolver las controversias será el con-

8. Artículo 110. Régimen jurídico de los negocios patrimoniales.

1. Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las administraciones públicas. Sus efectos y extinción se regirán por esta ley y las normas de Derecho privado.

tencioso-administrativo (artículo 7.2) y que la Administración contratante debe aprobar un pliego de cláusulas administrativas particulares en el que se establecen las garantías y las prerrogativas de la Administración, el alcance de las prórrogas y las causas específicas de resolución. Al declararse una compraventa, una donación o una permuta como contrato administrativo especial, la posición de la Administración pública contratante se ve fuertemente reforzada para proteger los intereses públicos en juego.

Para finalizar lo ejemplarizamos con un contrato de compraventa de una parcela a cambio de edificación futura en la que deben construirse viviendas sometidas a algún régimen de protección oficial, de las cuales un porcentaje serán entregadas como precio a la Administración. Si la Administración contratante quiere garantizar su posición frente a posibles incumplimientos del contrato, acudir a la técnica de la contratación administrativa especial, cuando se satisface de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de ésta, puede ser de gran utilidad.

La segunda sentencia que afecta al ámbito objetivo es, como decíamos, la STS de 4 de julio de 2003. Ésta resuelve un recurso formulado contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña, en fecha 25 de junio de 1997, que estimó el recurso interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra el Convenio de colaboración suscrito el 24 de febrero de 1994, por una parte, por la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y Tratamiento de Residuos; la Entidad Metropolitana de Transportes; el Consejo Comarcal del Barcelonès, y la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona; y, por otra parte, por la Sociedad Urbanística de Rehabilitación y Gestión; la Sociedad Municipal de Aparcamientos y Servicios; Transportes de Barcelona; el Patronato Municipal de la Vivienda de Barcelona; Fundación del Ayuntamiento de Barcelona, y Entidad Barcelona Regional Agencia Metropolitana de Desarrollo Urbanístico e Infraestructuras, S.A.

El objeto del convenio conllevaba que los entes locales relacionados (cuyo ámbito territorial de competencia se circunscribe a toda o una parte del área geográfica metropolitana de Barcelona), por una parte, pactaban con entes instrumentales dependientes de ellos (que constituían personificaciones jurídico-públicas o privadas para prestar servicios de su competencia en forma de gestión directa), la colaboración en el análisis y desenvolvimiento de estudios y proyectos técnicos para la planificación, proyección y construcción de infraestructuras supramunicipales en el territorio metropolitano.

El interés de esta sentencia deviene de la dificultad que, en ocasiones, existe en la diferenciación entre contratos administrativos y convenios interadministrativos, cuando éstos se realizan entre entes o administraciones territoriales y entes instrumentales con personificaciones privadas o públicas. Ello explica que en el fundamento jurídico segundo de la sentencia se señala que “no es un convenio de cooperación estricto ni es tampoco un contrato de asistencia técnica, sino que se trata de un negocio bilateral formalizado entre las administraciones locales, de una parte y de otra, por sociedades gestoras de determinados servicios que tienen atribuidos por las administraciones que las han creado y que son entidades pertenecientes a su propia organización, para ejercer sus competencias o prestar los servicios de manera conjunta, formando una sociedad común de gestión en la que participan todos ellos como accionistas”. Este argumento es la antesala para negar que se trate de un contrato administrativo de asistencia con empresas consultoras o de servicios, que fue el argumento que fundamentó la sentencia anulatoria del convenio del Tribunal Superior de Justicia.

El Tribunal Supremo entiende que el convenio es un instrumento para la gestión de un servicio público cuyo objeto es la proposición y elaboración de soluciones técnicas unitarias e integrales a determinados problemas territoriales; la singularidad es que han encomendado la gestión no a una persona jurídica sino a través de un instrumento obligacional que permite la coordinación técnica de sus entes instrumentales. En el fundamento jurídico tercero aborda la misma idea desde otra perspectiva al señalar “que no estamos ante una estricta prestación de asistencia técnica sino ante un supuesto de colaboración con los servicios municipales en la forma reconocida por reiterada jurisprudencia de esta Sala [...] atendiendo, esencialmente, no sólo al estricto ámbito literal del Convenio, sino a la finalidad que persigue [...]”. La colaboración entre administraciones públicas reguladas en el artículo 4 y ss. de la LRJPAC, cuyo objeto es establecer el régimen jurídico de colaboración de las administraciones públicas en ejercicio de sus competencias para obtener el mejor resultado posible para atender los intereses públicos encomendados puede realizarse por la técnica obligacional (convenios de colaboración sin crear una persona jurídica) o a través de la creación de personas jurídicas a las que se transfieren funciones que permiten el ejercicio coordinado de las competencias de los entes que las crean.

Esta sentencia permite afirmar que la diferenciación entre los convenios interadministrativos y los contratos administrativos es que los primeros resuelven, por la vía del acuerdo, el ejercicio coordinado de actividades de responsabilidad pública, con independencia de la personificación jurídica que adopten las partes que suscriben el convenio. Los contratos son instrumentos jurídicos que utilizan las administraciones públicas para poder llevar a cabo sus responsabilidades, para lo cual acuden al mercado, en sentido genérico, y en ese proceso los principios de publicidad y concurrencia ocupan una posición central. En el caso de las relaciones entre administraciones públicas y su entramado de entes instrumentales, cuando el objeto del acuerdo es la colaboración para la optimización de las actividades que son responsabilidad de estos entes, su régimen jurídico no puede ser satisfecho por la legislación contratos.

DE LAS ACTUACIONES RELATIVAS A LA CONTRATACIÓN

En relación con este ámbito (que coincide con el título recogido en la ley), recogemos cinco sentencias de la crónica de jurisprudencia que inciden sobre diferentes aspectos del mismo y las presentamos agrupadas en tres comentarios conjuntos. En el primero (que se referiría a aspectos del capítulo sobre el perfeccionamiento y formalización de los contratos) examinamos la STS de 18 de julio de 2003, que resuelve un recurso para unificación de la doctrina en relación con una reclamación de cantidad formulada por una empresa al amparo del principio de enriquecimiento injusto en un supuesto de un contrato efectivamente realizado y no formalizado. En el segundo comentario (referido al capítulo sobre las prerrogativas de la Administración), agrupamos la STJCE de 4 de diciembre de 2003, que interpreta la Directiva de contratos y la Directiva de recursos con ocasión de un litigio que tiene por objeto la anulación del procedimiento de licitación en su totalidad, así como la de una serie de disposiciones del pliego de cláusulas administrativas particulares, y la STJCE de 12 de febrero de 2004, que examina la legitimidad de una persona para acceder a los procedimientos de recursos después de la adjudicación de un contrato cuando ésta no ha participado en el procedimiento de adjudicación de dicho contrato.

En el tercero (que se referiría al capítulo de la adjudicación de los contratos), recogemos dos sentencias más: la STS de 25 de noviembre de 2003, que analiza la legalidad de una resolución municipal que fijaba un criterio de adjudicación discriminatorio

en la contratación sobre el aprovechamiento temporal en la zona marítimo terrestre de una determinada playa, y la STJCE de 16 de octubre de 2003, sobre la admisibilidad de variantes de un procedimiento de adjudicación de un contrato de obras de carreteras.

Los hechos que explican el contenido del recurso que resuelve la STS de 18 de julio de 2003 pueden sintetizarse en que durante un período dilatado de tiempo, una administración pública viene contratando el suministro de un suplemento semanal dirigido a escuelas públicas, de manera ininterrumpida, con una empresa y en un concreto curso escolar la Administración inicia la tramitación correspondiente a la contratación y no consta que en ningún momento comunicara a la recurrente que en dicho curso debía abstenerse de editar el suplemento. Estos hechos motivan la reclamación de cantidad por los suplementos entregados a pesar de no existir un contrato formalizado al amparo de la doctrina del enriquecimiento injusto.

Esta doctrina la recoge la sentencia, y a pesar de no plantear ninguna novedad, la comentamos por el hecho de que al tratarse de un recurso para unificación de la doctrina sintetiza la posición de los tribunales que puede ser útil para delimitar cuál es el alcance y los efectos del enriquecimiento injusto en el ámbito de la contratación pública.

Los elementos sintetizados son dos:

a) El ámbito propio de la doctrina del enriquecimiento injusto son las actuaciones realizadas por un particular en beneficio de un interés general cuya atención corresponde a una administración pública, y su núcleo esencial está representado por el propósito de evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial en perjuicio de ese particular.

b) Con el fin de que esas situaciones no sean un fácil medio de eludir las exigencias formales y procedimentales establecidas para asegurar los principios de igualdad y libre concurrencia que rigen en la contratación administrativa: el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración.

La doctrina también es pacífica en esta materia y la podemos sintetizar a través de la opinión de Ruiz Ojeda,⁹ que es como sigue: “La ausencia indebida de procedimiento o de la forma documental legalmente exigida, en su caso, en modo alguno priva al contratista de su indemnidad patrimonial. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha sido tradicionalmente sensible a las exigencias del principio de interdicción del enriquecimiento injusto, por lo que ha aplicado, siempre que se ha estimado procedente, la institución de la *negotiorum gestio* o cuasicontrato, con tal de resarcir justamente al contratista por la prestación ejecutada ante la ausencia de un requisito procedimental o formal exigido por la ley o ante la nulidad radical del mismo por tales motivos.”

Sobre los procedimientos de recursos, hemos destacado la STJCE de 4 de diciembre de 2003, que analiza, por un lado, la

legalidad de un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, al que se le atribuye un coeficiente del 45%, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro y, por otro lado, si la entidad adjudicadora tiene la obligación de cancelar la licitación cuando, en un procedimiento de recurso, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación; y la STJCE de 12 de febrero de 2004, que examina la legitimidad para interponer un recurso contra una licitación que considera ilegal o discriminatoria cuando no tiene capacidad para prestar todo el servicio licitado y, por ello, no presentó ninguna oferta en dicho procedimiento de licitación.

En primer lugar, resulta importante señalar los mecanismos de control previstos en las directivas de recursos, ya que, como señala Ruiz de Castañeda,¹⁰ son las grandes desconocidas del Derecho comunitario de la contratación pública, y que se sintetizan en los cuatro siguientes:

a) Obligación de los estados de organizar un sistema de recursos eficaz y rápido.

b) Intervención de la Comisión para instar a los estados a la corrección de las irregularidades que se puedan producir.

c) Posibilidad que las entidades contratantes obtengan un certificado de sus procedimientos de adjudicación que declare su actuación ajustada a derecho.

d) Vía alternativa de resolución de recursos como la conciliación ante la Comisión.

Una vez introducido el tema, nos centramos en el examen de las citadas sentencias del que obviamos (no queremos desviar la atención del tema de recursos) un excesivo comentario en relación con la legalidad de un criterio ecológico que se examina en la primera (suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables) por resultar una posición jurisprudencial consolidada¹¹ la que afirma que la entidad adjudicadora puede tener en cuenta estos criterios “siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario”.

Dicho esto, introducimos que de una primera lectura de ambas sentencias, cuyos objetos se residencian en Austria, este Estado se adaptó a las directivas de recursos mediante una ley federal sobre la adjudicación de contratos públicos y que, en este sentido, cabe realizar un comentario comparado con la STJCE de 15 de mayo de 2003, en la que se declaró el incumplimiento del Reino de España, entre otras cuestiones, por la no-transposición de estas directivas de recursos.¹² Como resultado de esta sentencia, el legislador español ha introducido un nuevo artículo al TRLCAP, el artículo 60 bis, y una nueva disposición adicional decimosexta, que afecta sólo a empresas públicas y entes de Derecho público. Esta modificación ha recibido críticas por parte de algunos autores. Así, Noguera de la Muela¹³ considera que “las medidas cautelares contractuales previstas en el

9. RUIZ OJEDA, Alberto [et al.]. *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Civitas, 2004.

10. RUIZ DE CASTAÑEDA. “La contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones”, en el libro *Contratos de las administraciones públicas*, Abella, Madrid, 2000, pág. 1028.

11. Véase en el mismo sentido, la STJCE de 27 de septiembre de 2002 (TJCE 2002/251).

12. Cierta doctrina considera que la Directiva de recursos ya nació transpuesta para el ordenamiento español (Santías Viada, Santamaría de

Paredes, López Blanco, Samaniego Bordiu). Así también, el Dictamen 214/1992 del Consejo de Estado y la Exposición de motivos de la LCAP.

13. NOGUERA DE LA MUELA, Belén. “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”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 4, págs. 88-101.

artículo 60 bis del TRLCAP, aunque representan una mejora respecto de la anterior regulación, continua teniendo ciertas deficiencias, que hacen que no responda plenamente a las exigencias previstas a la Directiva 89/665".

El Tribunal afirma que el órgano judicial estatal debe pronunciarse sobre la legalidad de la decisión relativa al criterio de adjudicación objeto del recurso y, en la hipótesis que ésta sea anulada, la normativa comunitaria obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación, y esto es así porque, como tiene ya declarado el TJCE, "los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento".

La STJCE de 12 de febrero de 2004 seleccionada resulta interesante por dos cuestiones: por afirmar que una persona que no ha participado en el procedimiento de adjudicación no tiene legitimación para acceder a los procedimientos de recursos previstos por la directiva, después de la adjudicación de un contrato público y por examinar el concepto de "interés en obtener un determinado contrato público".

Para nuestra legislación estatal sobre el concepto de interesado en un procedimiento, es importante esta declaración novedosa, ya que puede ayudar a interpretar lo dispuesto en el apartado c) del artículo 31 de la LPAC, que dispone que "se consideran interesados [...] c) aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva". A tenor de esta sentencia, queda claro que en materia de contratación pública, una persona puede interponer recurso contra la resolución que aprueba unos criterios de adjudicación que considere discriminatorios con anterioridad a la adjudicación, pero si no ha participado en el procedimiento de licitación pierde su condición de interesado. Ahora bien, no se puede interpretar el concepto de "interés en obtener un determinado contrato público", de modo que pueda menoscabar el efecto útil de la directiva; por ello, el Tribunal afirma que no se puede supeditar el acceso a los procedimientos de recurso previstos en la directiva a la sumisión previa del asunto a una comisión de conciliación ya que este hecho es contrario a los objetivos de rapidez y eficacia de la citada directiva.

Finalmente, sobre la transposición de la directiva de recursos a nuestro ordenamiento, se destaca la opinión de José María Gimeno,¹⁴ que señala que "sólo cumple los requisitos de la directiva en nuestro ordenamiento el sistema indemnizatorio por los daños y perjuicios ocasionados por la actuación administrativa en materia de contratación pública".

Este autor plantea la sustitución del recurso de reposición por la creación de un recurso administrativo previo específico de contratación, ante un órgano independiente y especializado de composición mixta (sugiere las juntas consultivas de contratación) que de forma sumaria y rápida resuelva las controversias jurídicas y técnicas que se les planteen, dotándoseles de ejecutoriedad a sus decisiones que, en cualquier caso, por mandato expreso del artículo 24 de la CE, debería ser objeto de fis-

calización por los tribunales. Indica que así se podrían satisfacer dos objetivos:

a) Descargar a la jurisdicción contencioso-administrativa.

b) Resolver de forma rápida y eficaz por un órgano (dotado de *auctoritas*) que genere confianza de los ciudadanos en sus decisiones.

En el último apartado del comentario, que se refiere a la adjudicación de los contratos, se inserta la STJCE de 16 de octubre de 2003 en relación con la interpretación de los artículos 19 y 30 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en la que el Tribunal afirma que cuando el pliego de condiciones se remite a una disposición normativa nacional que establece que la oferta alternativa debe garantizar la realización de una prestación cualitativamente equivalente a la que es objeto de la licitación, no se cumple la norma que indica los requisitos mínimos exigidos por una entidad adjudicadora para tomar en consideración las variantes y que éstas sólo se tendrán en cuenta como criterio para la adjudicación si han sido previamente admitidas como tales variantes.

La importancia de esta sentencia, que aborda el tema de la admisibilidad de variantes en un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato de obras, radica en que es una cuestión poco examinada por el TJCE,¹⁵ pero que enlaza directamente, a modo de recopilatorio, con otra cuestión sobre la que sí existe una posición comunitaria ampliamente examinada, como es la afirmación de "la obligación (de las entidades adjudicadoras) de transparencia, cuyo objetivo consiste en garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores al que debe atenerse todo procedimiento de adjudicación de contratos públicos" (FJ 29); ello referido a la determinación y publicidad de los criterios de adjudicación, en general. Sirvan como ejemplos, las STJCE de 20 de septiembre (TJCE 1989/26), de 26 de septiembre de 2000 (TJCE 2000/221) y de 18 de octubre de 2001 (TJCE 2001/284).

En el ámbito estatal y en cuanto a la posición doctrinal del Tribunal Supremo sobre el principio de igualdad de trato de los licitadores, también destacamos la STS de 25 de noviembre de 2003, que confirma su reiterada línea jurisprudencial¹⁶ que califica como contrarias al artículo 14 de la CE las cláusulas introducidas en los procedimientos administrativos de concurrencia competitiva mediante las que se trataba de favorecer a determinadas personas por su condición de residentes en una concreta localidad. Esta sentencia afirma que "entre los principios inspiradores de la contratación administrativa se encuentran en lugar destacado los de concurrencia e igualdad de oportunidades, que se verían gravemente infringidos si cada municipio pudiera establecer cláusulas como la aquí discutida", refiriéndose a la cláusula que introducía la exigencia de residencia de cinco años en una determinada localidad, como criterio de valoración para la adjudicación de un contrato de gestión de servicio público.

Los principios de concurrencia e igualdad, así mismo, son el fundamento de la admisibilidad de variantes, de ahí la necesidad prevista en el artículo 87 del TRLCAP, de determinar en el pliego "sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada"

14. GIMENO FELIU, José María. "La contratación pública en Europa. El nuevo paquete legislativo y su incidencia en nuestra práctica diaria". Ponencia del seminario "La nueva contratación pública Europea. ¿Cómo nos afecta?", celebrado en Barcelona, el 14 y 15 de junio de 2004.

15. De hecho, en las bases de datos consultadas, sólo se han encontrado dos sentencias que abordan este tema: la que es objeto del comentario y la STJCE de 25 de abril de 1996 (TJCE 1996/73), referida a un procedimiento de adjudicación de un contrato público de transportes, al que es de aplicación de Directiva 90/531/CEE, de 17 de septiembre, de los sectores excluidos de

las directivas de contratación pública (agua, energía, transportes y telecomunicaciones).

16. Como ejemplo, la STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001/1635), que declara contrario al principio de igualdad la puntuación asignada, en un procedimiento de selección de contratistas, a la circunstancia de estar radicada la empresa licitante en el ámbito geográfico próximo o en el ámbito de la comunidad autónoma, y la STS de 15 de enero de 2002 (RJ 2002/9880), que coincide substancialmente con la sentencia de referencia.

su presentación en una licitación, ya que la determinación de estas condiciones y su directa relación con la prohibición de presentar más de una oferta por un mismo licitador (artículo 80 TRLCAP), ha suscitado múltiples controversias en el ámbito estatal.¹⁷

También resulta de un interés particular la cuestión de la admisión de variantes porque, con la adopción de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, queda modificado el artículo 19 de la anteriormente citada Directiva 93/37/CEE,¹⁸ y con esta modificación queda claro que la posibilidad de admitir variantes queda condicionada a que así se haya indicado en el anuncio y se hayan previsto sus requisitos mínimos en el pliego de condiciones, a diferencia de lo dispuesto en dicho artículo 19, que, según interpretación del TJCE, “cuando una entidad adjudicadora no ha excluido la presentación de variantes, está obligada a mencionar en el pliego de condiciones los requisitos mínimos que éstas deben cumplir” (FJ 27).

De acuerdo con la redacción de este precepto, parece que la regla general era la admisión de variantes y, a partir de esta modificación, podemos afirmar que si la entidad adjudicadora no ha hecho mención de la admisión de variantes, se entienden excluidas. Con independencia de esta modificación y en cuanto a la determinación de los requisitos mínimos que deberán figurar en el pliego de condiciones, según afirmación del TJCE en la sentencia que examinamos, queda claro que la remisión a una norma de la legislación nacional no puede cumplir la obligación de fijar las condiciones mínimas que deberán reunir las variantes para ser admitidas en la licitación.

En relación con los criterios de adjudicación, se ha de destacar que el artículo 30 de la Directiva 93/37/CE, referido a los criterios de adjudicación, también ha quedado modificado por el artículo 53 de la Directiva 2004/18/CE, pero igualmente, tal como argumenta el Tribunal en la sentencia, sólo se puede aplicar a las variantes que la entidad adjudicadora hubiese tomado en consideración válidamente según los requisitos mínimos establecidos en el pliego.

DE LA REVISIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

La sentencia seleccionada en el ámbito de la revisión de precios es la STS de 18 de julio de 2003, que examina la forma en que se debía realizar la actualización de precios de un contrato de asistencia técnica para la realización de diversas operaciones de conservación en diferentes tramos de autovía. Para ello, la sentencia resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina deducido contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2001, que afirma que la actualización de pre-

cios del contrato se debe verificar aplicando sobre el importe a actualizar, que es una cantidad fija, el IPC correspondiente a cada año que comprende la actualización. La empresa recurrente interpone el recurso por entender que esta afirmación se encuentra en contradicción con otra sentencia anterior de la Audiencia Nacional de 24 de octubre de 2000, que sostiene que la actualización debe verificarse aplicando sobre el importe a actualizar el IPC correspondiente al primer año; sobre la cantidad que resulta de esta primera actualización debe aplicarse el IPC correspondiente al segundo año; sobre la cantidad así actualizada, que resulta de las operaciones antes expresadas, debe aplicarse el IPC correspondiente al tercer año, y así sucesivamente.

El Tribunal afirma que el criterio que se encuentra ajustado a derecho es el de la Sentencia de 7 de febrero de 2001. Nos parece importante destacar esta sentencia por los argumentos que utiliza el Tribunal para concluir que la forma de cálculo correcta para actualizar los precios es la que aplica la Administración, es decir, aplicando el IPC del año que corresponda la actualización al presupuesto de ejecución material inicial, con independencia de las actualizaciones que se hayan podido realizar en años intermedios.

El fundamento principal en el que se basa el Tribunal para llegar a esta conclusión es la verificación de la interpretación del tenor literal de la cláusula de revisión de precios que figuraba en el pliego de condiciones y que señalaba que “cada año se efectuará una actualización de precios que consistirá en aplicar al presupuesto de ejecución material el aumento del índice del coste de vida”, afirmando que la “claridad del tenor es tan obvia que no hay ninguna razón para acudir a las reglas de interpretación de los contratos”.

Sin embargo, creemos necesario destacar aquí que la Sentencia de 24 de octubre de 2000 (JUR 2001/104044) –cuyo criterio no se ajusta a derecho, según la sentencia objeto del comentario– llega a una conclusión contraria, haciendo una interpretación más amplia que tiene en cuenta también lo dispuesto en el artículo 14 de la anterior LCAP, que en el último inciso de su párrafo primero establecía (igual que en el actual TRLCAP) que, en todo caso, los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea el adecuado al mercado, y en su apartado segundo determinaba que la revisión de precios de los contratos se ajustará a lo establecido en la misma ley.¹⁹

Por otro lado, también cabe plantearnos la incoherencia que podría darse si el IPC fijado para un determinado año resultara inferior al del año inmediatamente anterior; en este caso, si siempre se ha de tomar como referencia el importe fijo del presupuesto de ejecución material, la Administración podría pagar un precio inferior en el tercer año del contrato que en el segundo. Si esto puede ser así, nos parece que los contratistas tendrán que examinar de forma más detenida las cláusulas con-

17. En relación a los principios de publicidad, competencia, contradicción e igualdad de oportunidades para los licitadores, de forma que la Administración no puede adjudicar el concurso a cualquiera, sino que ha de atenderse a la oferta más ventajosa, pero no siendo sólo determinante el valor económico: STS de 11 de mayo de 1999 (RJ 1999/5029), STSJ de La Rioja de 13 de febrero de 2001 (RJCA 2001/460), STSJ de Galicia de 24 de julio de 2002 (JUR 2003/6519). Sobre la definición de variante: STSJ de La Rioja de 29 de julio de 2002 (RJCA 2002/905).

18. Artículo 24. Variantes

1. Cuando el criterio de adjudicación del contrato sea el de la oferta económicamente más ventajosa, los poderes adjudicadores podrán autorizar a los licitadores a presentar variantes.

2. Los poderes adjudicadores indicarán en el anuncio de licitación si autorizan o no autorizan las variantes; en caso que falte dicha mención, las

variantes no estarán autorizadas.

3. Los poderes adjudicadores que autoricen las variantes mencionarán en el pliego de condiciones los requisitos mínimos que deberán cumplir las variantes, así como las modalidades de su presentación.

4. Sólo se tomarán en consideración las variantes que cumplan los requisitos mínimos exigidos.

En los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro o de servicios, los poderes adjudicadores que hayan autorizado variantes no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato público de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato público de servicios.

19. El concepto de revisión de precios, actualmente, figura en el artículo 103 y siguientes del TRLCAP.

tractuales que suscriban con la Administración ya que las contraprestaciones del servicio no se ajustarían al mencionado "coste de vida". Y, por otro lado, la Administración, si quiere asegurar una adecuada ejecución del contrato que resulte interesante para los contratistas disponiendo que la revisión de precios sea acumulativa, como se afirma en la Sentencia de 24 de octubre de 2000, tendría que hacer constar este extremo de forma expresa en los pliegos de cláusulas.

DE LA CESIÓN DE LOS CONTRATOS Y DE LA SUBCONTRATACIÓN

En este ámbito la crónica de jurisprudencia recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (sección 5.^a), de 21 de noviembre (AC 2004/451).

El recurrente es un subcontratista de una obra pública que reclama las cantidades adeudadas por el adjudicatario directamente al Estado al amparo del artículo 1597 del CC, que dispone que "los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación".

En la gestión de la contratación pública es importante recordar esta acción directa por el hecho que el subcontratista no actuará frente a la Administración, de acuerdo con el Derecho administrativo (que contempla privilegios significativos para la Administración pública en su relación con los adjudicatarios de contratos públicos). Mientras exista deuda frente al contratista, el subcontratista se podrá dirigir contra la Administración como dueña de la obra. En este sentido, merece destacarse de la sentencia referenciada que establece la relación directa entre el débito de la Administración con el contratista y los trabajos encargados y materiales que se aportaron. Así, afirma que "el artículo 1597 convierte a los acreedores subcontratistas en titulares de una acción, que no es precisamente sustitutiva de la del contratista, sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa, mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra, en razón de que éste retiene sumas dinerarias y resulta deudor de las mismas al contratista o subcontratista que generaron el débito reclamado por razón de los trabajos encargados y materiales que se aportaron".

También es importante destacar la diferenciación que hace la sentencia entre la responsabilidad patrimonial exigible ante la Administración pública y la responsabilidad *ex lege* derivada del artículo 1597 del CC.²⁰

La legislación de contratación administrativa se ocupa de la subcontratación, pero para resolver cuestiones ajenas del artículo 1597 del CC. La nueva Directiva 2004/18/CE, en su artículo 25,²¹ pretende incrementar las garantías de solvencia técnica y

económica a los contratistas al exigir que se indique la parte de la subcontratación y la relación de subcontratistas, sin que ello altere las obligaciones contractuales del adjudicatario. La vigente Ley de contratos, en su artículo 116, a pesar de reconocer el carácter privado del contrato, establece derechos y garantías del subcontratista frente al contratista.

Una cuestión que se nos puede plantear es la posibilidad que la Administración no haya tenido conocimiento previo del subcontrato que ha celebrado el adjudicatario, de acuerdo con la obligación prevista en el artículo 115.2.a) del TRLCAP, y si podría alegar este desconocimiento en el juicio de reclamación de cantidad adeudada. Ni la jurisprudencia ni la doctrina han abordado este tema, pero dada la examinada naturaleza civil de la acción, creemos que podría sostenerse que la única posibilidad de defensa de la Administración pública sería la de dirigirse contra el contratista principal, ante la jurisdicción contencioso-administrativa por incumplimiento del contrato. Lo mismo ocurriría ante cualquier otro incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 115 del TRLCAP.

La acción directa contra las administraciones públicas atribuida por el citado precepto del CC ha sido reconocida de manera pacífica y uniforme por los tribunales civiles, sirvan de ejemplo las STS de 12 de mayo de 1994 (RJ 1994/3572) y de 18 de julio de 2002 (RJ 2002/6261), que establecen que "los contratos que relacionan a los contratistas y la cadena de subcontratistas son de naturaleza indiscutible civil y la acción de reclamación contra el Estado, como comitente, es acción de naturaleza también civil, prevista en el artículo 1597 del Código civil", concluyendo que la competencia para su conocimiento debe ser residenciada en los tribunales el orden civil.

Así mismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.^a), de 12 de diciembre de 2002 (AC 2003/782), del que destacamos la afirmación relativa a que "ni la obligación se distribuye en partes iguales entre el contratista y el dueño de la obra ni cada uno de ellos está obligado al pago parcial sino que responden indistintamente o in solidum, limitándose la responsabilidad del segundo al importe máximo señalado en la norma".

También, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 422/1998 (Sección 2.^a), de 24 de julio (AC 1998/6165), que afirma que "en tanto no hay ninguna norma que impida en Derecho contractual administrativo la aplicación de la regla general del artículo 1597 del Código civil, [por ello], es patente la legitimación pasiva de la Administración [...] demandada para ser parte en este juicio". ■

20. Por otra parte, ha procedido la declaración de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en supuestos o concesiones distintas al presente, siempre sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, en casos de responsabilidad extracontractual o de compatibilidad de indemnizaciones (STS de 19 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9187], *ad exemplum*), o según la naturaleza y extensión de las obligaciones reclamadas (STS de 31 de octubre de 1995 [RJ 1995, 7734] y AP de Baleares de 2 de marzo de 2000), de accidentes en centros de enseñanza (Auto de esta Sala de 21 de marzo de 2003, y de 3 de julio de 2001), de daños por defectuoso alcantarillado público o instalaciones públicas (Sentencia de esta Sala de 27 de septiembre de 2002, de 10 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8753], de 28 de enero de 1993 [RJ 1993, 422]), por consecuencia de proyectos de compensación (Sentencia de esta Sala de 13 de mayo de 2002), de daños derivados de actuación o asistencia médica y/o Insalud (sentencias de esta Sala de 6 de julio de 2001 [AC 2001, 2391], de 25 de marzo de 2000, Sección 4.^a, de 9 de febrero de 2000 [AC 2001, 2418], de 14 de febrero de 1999, Sección 3.^a, de 27

de marzo de 2000, de 4 de noviembre de 1999, y de 10 de septiembre de 1998), o por daños ocasionados durante la ejecución de obras públicas con ánimo de servicio público (autos de esta Sala de fecha 29 de junio de 2001, de 11 de mayo de 2001 y de 2 de marzo de 2000, Sección 3.^a, de 13 de mayo de 1999), entre otras muchas, en que no puede encuadrarse el supuesto de autos, que lo es de subcontratación, y en el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del CC por parte de un subcontratista y frente al dueño de la obra.

21. Artículo 25. Subcontratación

En el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos.

Dicha comunicación no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del operador económico principal.