

Cuadernos de Derecho Local

número **9**

Octubre de 2005

QDOL



Cuadernos de Derecho Local

CONSEJO CIENTÍFICO

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

DIRECTORES

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

FRANCESC GIL LLUCH ☎ 932 095 705

PREIMPRESIÓN Y MAQUETACIÓN

SIDIGRAF, S.L. ☎ 933 052 450

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



SUMARIO

DL

Informe de evaluación realizado por:

José Suay Rincón

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Juan José González Rivas

Presidente de la Sección Séptima, Sala Tercera, del Tribunal Supremo.

Letrado de carrera, excedente, del Tribunal Constitucional.

Doctor en Derecho

Javier Burón Cuadrado

Director de Planificación y Gestión Financiera del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco

Esteban Arimany Lamoglia

Socio de Uría Menéndez.

Abogado del Estado (en excedencia).

Profesor asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

António Cândido de Oliveira

Catedrático de Derecho Administrativo

de la Universidade do Minho

Pedro Luis Martínez Pallarés

Letrado-asesor DPZ.

Profesor asociado de Derecho Constitucional

Jacobo Quintans García

Magistrado de lo social.

Profesor de la Universidad de Barcelona

Cayetano Prieto Romero

Director general de Organización y Régimen Jurídico del Ayuntamiento de Madrid

PRESENTACIÓN 5

ESTUDIOS 7

Organización instrumental de las corporaciones locales 7

La autonomía local en la reciente jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo 16

La vivienda protegida en Euskadi: ¿un modelo a contracorriente? 33

Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales (crónica de la Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/03, Parking Brixen GmbH) ... 48

La creación de municipios en Portugal: las razones de un reciente veto del presidente de la República. La importancia de la dimensión de los municipios para la consecución de una autonomía efectiva y para la adecuada prestación de los servicios públicos locales 65

Las entidades locales en la legislación turística 72

La Administración como empresario. Dos aspectos: la responsabilidad laboral de la Administración en la contratación de obras y servicios y la contratación laboral de trabajadores extranjeros... 87

Las recientes reformas de la legislación local y su aplicación a las estructuras administrativas y de funcionamiento de las grandes ciudades: la gestión del cambio organizativo en el Ayuntamiento de Madrid 108

Margarita Cuscó Turell

Técnica de Administración General.

Asesora jurídica

Margarita López-Nieto y Truyols

Abogada.

Domènec Sibina Tomàs

Eva Arnal Arasa

Abogada

Las cuotas de urbanización: elementos subjetivos y objetivos.

Especial referencia al Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio,

por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de

urbanismo de Cataluña 120

La reacción frente a las vías de hecho 131

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA 138

A) Jurisdicción constitucional 139

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos 152

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. 159

D) Jurisdicción contencioso-administrativa 164

E) Jurisdicción civil 183

F) Jurisdicción penal 186

Iniciamos los estudios de este número 9 del QDL con el elaborado por José Suay Rincón, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, que centra su atención en “La organización instrumental de las corporaciones locales”, uno de los ejes de la reforma legislativa acometida mediante la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del régimen local. La reforma en este ámbito, formalmente, se resuelve en la modificación del antiguo artículo 85 de la LBRL y en la adición de dos nuevos preceptos a la misma Ley, y conlleva la reformulación de los modos de gestión directa a disposición de las corporaciones locales: la gestión directa por la propia entidad local, el organismo autónomo local, la entidad pública empresarial local y la sociedad mercantil local. El autor afronta el reto de dotar a las tres figuras de gestión instrumental de un régimen jurídico completo a través de integrar el previsto en la legislación local con el aplicable de la LOFAGE (Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración del Estado); de la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de eficacia (LGP, Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria); de la normativa de contratación (LCAP, 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), y de la normativa de patrimonio (LPAP, Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas).

El estudio anterior nos lleva de manera natural al de Esteban Arimany Lamoglia, “Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales (crónica de la Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/03, Parking Brixen GmbH)”. Su objeto es analizar las últimas sentencias del TJCE que abordan frontalmente y en forma detenida la cuestión relativa a la conformidad o disconformidad con el Derecho comunitario –según las circunstancias concurrentes en cada caso– de las encomiendas o los encargos directos realizados por parte de las administraciones públicas, sin previa publicidad ni pública licitación, a sus entes instrumentales constituidos en forma de sociedad mercantil, para la realización de prestaciones que caen materialmente dentro del ámbito objetivo de las directivas sobre contratación pública o para la gestión directa de servicios públicos locales. Como concluye el autor, estamos ante una nueva muestra de la determinante influencia que ejerce el Derecho comunitario sobre el Derecho interno de la contratación pública, las concesiones y las relaciones entre los entes territoriales y sus empresas públicas.

Las medidas para la modernización del régimen local son el eje vertebrador del trabajo de Cayetano Prieto Romero, que, desde la perspectiva que le ofrece la Dirección General de Organización y Régimen Jurídico del Ayuntamiento de Madrid, ha elaborado “Las recientes reformas de la legislación local y su aplicación a las estructuras administrativas y de funcionamiento de las grandes ciudades: la gestión del cambio organizativo en el Ayuntamiento de Madrid”.

En horas de anunciadas reformas es útil retornar a los temas clásicos que estructuran nuestro régimen local, y por ello nos parece una magnífica oportunidad poder publicar el trabajo “La autonomía local en la reciente jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo”, realizado por Juan José González Rivas, presidente de la Sección Séptima, Sala Tercera, del Tribunal Supremo. En la misma línea de agenda de clásicos del régimen local abordamos el tema de la planta municipal desde la singular perspectiva de Derecho comparado que nos ofrece “La creación de municipios en Portugal: las razones de un reciente veto del presidente de la República”, de António Cândido de Oliveira, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidade do Minho, estudio traducido por Marcos Almeida Cerredá.

La imposibilidad de acceso de importantes capas de la población española a la vivienda generada por el mercado es uno de los principales problemas de nuestra sociedad y siempre está presente en la mesa de trabajo de los responsables públicos locales (aunque no se incorpora con la misma intensidad a la realidad social que conforman los medios de comunicación y los creadores de opinión, más atentos a los aspectos de la inversión inmobiliaria que a las políticas públicas exigibles al amparo del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada). A esa realidad objetiva el País Vasco da respuesta a través de concretas políticas públicas que han generado un modelo propio explicado por Javier Burón Cuadrado, director de Planificación y Gestión Financiera del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, en el trabajo “La vivienda protegida en Euskadi: ¿un modelo

a contracorriente?”. El interés y el placer de su lectura se vislumbra de inmediato, cuando el autor afirma: “Como se puede comprobar, para nosotros la vivienda es, o queremos que sea, mucho más que, en expresión de Le Corbusier, una ‘máquina de habitar’. La vivienda es un presupuesto material y físico del disfrute de la ciudadanía plena. Muchos ciudadanos pueden conseguir ese *prius* en el mercado sin problemas. Pero otros muchos (jóvenes, colectivos de rentas bajas, mayores, discapacitados, etc.) no son considerados por el mercado (en expresión de Gambaro, el mercado no procesa necesidades –sociales–, sólo demandas –económicas solventes–) y deben ser atendidos por las administraciones públicas. La ciudadanía plena no puede depender de la renta disponible, al menos en un Estado social y democrático de derecho.”

Pedro Luís Martínez Pallarés nos traslada con su estudio “Las entidades locales en la legislación turística” a otro sector con enormes repercusiones en el mundo local, y nos ofrece una panorámica de la atribución de competencias a los entes locales por la legislación autonómica sectorial.

Jacobo Quintans García, magistrado de lo Social y profesor de la Universidad de Barcelona, en un nuevo examen de la Administración como empresario, examina “Dos aspectos: la responsabilidad laboral de la Administración en la contratación de obras y servicios y la contratación laboral de trabajadores extranjeros”. Para finalizar, dos estudios de “Las cuotas de urbanización: elementos subjetivos y objetivos. Especial referencia al Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña” y “La reacción frente a las vías de hecho” firmados, respectivamente, por Margarita Cuscó Turell y Margarita López-Nieto Truyols.

Domènec Sibina Tomàs
*Co-director del QDL y director de publicaciones
de la Fundación Democracia y Gobierno Local*

Organización instrumental de las corporaciones locales

José Suay Rincón

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Las Palmas de
Gran Canaria*

1. Introducción.
 2. La organización instrumental de las corporaciones locales. Modos de gestión directa de las corporaciones locales.
 3. Organismos autónomos locales y entidades públicas empresariales locales.
 4. Sociedades mercantiles públicas locales.
- Nota bibliográfica final.

1. Introducción

Este estudio va a centrar su atención sobre uno de los ejes de la reciente reforma legislativa sobre régimen local.

La conocida como *Ley de grandes ciudades*, esto es, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del régimen local, vino en realidad a promover tres tipos de reformas. Ocurre, sin embargo, que una de ellas acaparó el protagonismo y todos los focos en efecto se centraron en ella: la reforma de la organización administrativa tradicional de las corporaciones locales, en los municipios de alta población.

Como todos los análisis acertaron a percibir, vino a sustituirse en dicho ámbito el viejo y clásico “modelo representativo” sobre el que descansaba la organización interna de tales corporaciones locales por un nuevo “modelo de corte burocrático”, supuestamente, más a la altura de nuestro tiempo. Estas corporaciones locales vinieron así a alinearse dentro del mismo grupo, en el que igualmente habría que situar a la Administración del Estado y a las administraciones autonómicas (de todas las comunidades autónomas). De este modo, su organización interna en lo esencial se ajustaba a un patrón equivalente.

Ni que decir tiene, la envergadura de esta reforma vino a eclipsar todas las demás. Incluso, como antes se subrayó, el propio título por el que la Ley venía a ser conocida en la jerga administrativa parecía alimentar la errónea idea de que destinatarios de la Ley eran sólo las grandes ciudades. Pero, como antes dijimos, si bien cabe aceptar sin la menor duda su indiscutible protagonismo en el ámbito de las reformas patrocinadas por la Ley 57/2003, cabe identificar, al menos, otros dos ámbitos a los que asimismo se extienden las citadas reformas; y en ambos casos éstas tienen alcance general, esto es, inciden sobre la totalidad de las corporaciones locales.

Se trata, por un lado, de la reforma de la denominada *organización instrumental de las corporaciones locales*, mediante la previsión de una especie de nueva planta completamente renovada; y, por otro, del reforzamiento de su potestad sancionadora en el ámbito que le es propio.

Sin duda, este último aspecto constituye un asunto de enorme trascendencia práctica; sin embargo, incide sólo sobre un extremo puntual. De carácter más general es en cambio el alcance de la otra reforma que acaba de apuntarse. A ella dedicaremos en lo sucesivo nuestra atención.

2. La organización instrumental de las corporaciones locales. Modos de gestión directa de las corporaciones locales

La reforma en este ámbito, formalmente, se resuelve en la modificación del antiguo artículo 85 de la LBRL y en la adición de dos nuevos preceptos a la misma Ley: los

ahora denominados artículo 85 bis y 85 ter. Se presenta de este modo, como adelantamos, una especie de “nueva planta” para la organización instrumental de las corporaciones locales; a disposición en principio para todas ellas sin excepción.

Sin perjuicio de su presentación formal, sin embargo, es claro que el desarrollo de una organización instrumental como la ahora prevista en estos preceptos exige una capacidad económica y de gestión, un dispositivo de medios en suma que sólo parece al alcance de las grandes corporaciones locales.

Así las cosas, por tanto, habría que concluir que también en este punto las reformas auspiciadas se proyectan esencialmente sobre estas concretas corporaciones. Se trataría de este modo de formalizar una nueva apertura hacia el “modelo burocrático” de gestión administrativa, que por otro lado sitúa a dichas entidades, también desde esta perspectiva, en clara sintonía con las administraciones superiores.

Esto no obstante, la ausencia de limitaciones jurídico-formales hace imposible de entrada evitar la generalización del nuevo modelo de organización instrumental patrocinado por la reforma de la Ley 57/2003. En tal caso, habría que observar la pretensión legislativa que nos ocupa con especial cautela y precaución, dada la envergadura de los recursos a que indudablemente compromete su desarrollo; y dado, desde una perspectiva jurídica ya estricta, que a su socaire pueden también producirse innegables abusos en la huida del Derecho administrativo, incluidas sus normas más generales.

De cualquier modo, antes de elevar a definitiva cualquier conclusión de carácter crítico sobre el asunto que nos concierne se impone conocer con algún pormenor el verdadero alcance y sentido de la reforma de la organización instrumental, alentada por la Ley 57/2003.

El antiguo artículo 85 de la LBRL distinguía entre modos de gestión directa de las corporaciones locales y modos de gestión indirecta; y establecía después una suerte de límite último o de barrera infranqueable para la adopción de estos últimos, dentro de la amplísima potestad genérica y pacíficamente reconocida a las corporaciones locales para disponer discrecionalmente sobre su propia organización administrativa interna.

La autoorganización, en efecto, constituye la manifestación primera del principio de la autonomía local; y el ordenamiento jurídico general apenas establece límites al respecto y respeta consiguientemente la autonomía plena de las corporaciones locales sobre este punto: simplemente, pone a su disposición distintas alternativas para que aquéllas se decanten en cada caso por las que consideren más convenientes para la satisfacción de los intereses públicos cuyo cuidado tienen encomendado.

Esto sentado, la reforma se centra sin embargo sobre el primero de los aspectos indicados, es decir, sobre la

determinación de los modos de gestión directa a disposición de (todas) las corporaciones locales. En una terminología renovada, que por lo demás posee significados propios a los que indudablemente remite, y que definitivamente destierra las viejas expresiones empleadas al uso y consolida las nuevas, se contemplan ahora como modos de gestión directa de las corporaciones locales cuatro figuras diferentes (artículo 85.2 de la LBRL): la gestión directa por la propia entidad local, el organismo autónomo local, la entidad pública empresarial local y la sociedad mercantil local.

Gestión directa en sentido estricto, evidentemente, es sólo la primera de ellas, como así justamente da ella misma en denominarse de manera textual, a tenor del propio precepto objeto ahora de nuestro examen. Las otras tres restantes más bien son formas de gestión instrumental, la cual por tanto se desarrolla no ya por la propia corporación local, sino por sujeto o persona interpuesta y creada por ella, justamente, para atender la gestión en un ámbito o sector concreto de la responsabilidad de la corporación local; o, en palabras de la propia Ley, en el ámbito de un servicio público local.

Son servicios públicos locales de acuerdo con la LBRL (artículo 85.1, precepto al que por tanto también alcanza la reforma) los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias: la expresión “servicios públicos locales” se utiliza aquí en sentido lato.

Sobre las indicadas formas de gestión instrumental se extienden, más directamente, las consideraciones que siguen. El artículo 85 bis tiene por destinatarios a los organismos autónomos locales y a las entidades públicas empresariales locales; y el artículo 85 ter, por su parte, a las sociedades mercantiles locales.

Ninguno de estos dos preceptos contiene sin embargo un régimen completo y exhaustivo. En realidad, se limitan a establecer una serie de particularidades propias para estas figuras, cuando son objeto de utilización por las corporaciones locales.

Indudablemente, tales peculiaridades han de respetarse en todo caso. Sobre ellas, desde luego, volveremos después. Pero lo importante ahora es destacar que su propia previsión presume la aplicación inicial de un régimen jurídico de ámbito general, sobre el que después tales peculiaridades habrá de proyectarse. Y ese régimen general no figura contemplado en la propia de la LBRL. ¿Dónde, pues?

El artículo 85 bis remite, para el caso de los organismos autónomos locales y de las entidades públicas empresariales locales, a la denominada LOFAGE (Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración del Estado). El artículo 85 ter, por su parte, apela al ordenamiento jurídico privado como bloque, para las sociedades mercantiles locales; si bien con carácter general, puesto que en determinados ámbitos remite a la legislación administrativa: en concreto, a la

normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de eficacia, y en materia de contratación; en definitiva, a la LGP (Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria) y a la LCAP (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).

Es preciso agregar, no obstante, que el reenvío a la LOFAGE es por su parte claramente insuficiente. Porque tampoco éste contiene en verdad el régimen jurídico (completo) de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales: al contrario, también dicho régimen se salda con diversas remisiones, a su vez, a lo dispuesto por otras leyes: en este caso, a la LGP y a la LCAP, ya citadas; y, además, a la LPAP (Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas). Hay, pues, en este caso, una especie de doble reenvío.

Sin perjuicio de ello, sin embargo, el análisis de la LOFAGE resulta absolutamente determinante, para, al menos, en primer término conocer lo que son realmente los organismos autónomos locales y las entidades públicas empresariales locales, figuras cuyo concepto en efecto la LBRL no precisa en absoluto, tarea que en cambio sí realiza la LOFAGE.

Al menos, para las sociedades mercantiles locales, figura por otro lado de contornos mejor conocidos, sí que precisa el artículo 85.1.c) la exigencia de que la totalidad de su capital social ha de pertenecer íntegramente a la entidad local (o a un ente público de la misma). En concordancia ello con lo dispuesto por la LCAP, que solamente excluye de su ámbito de aplicación, precisamente, este supuesto (artículo 154.2). Dicho en otros términos, en cualquier otro supuesto, sea en efecto minoritaria o mayoritaria la participación de alguna administración pública en el capital social, basta la presencia de capital privado para atraer la sociedad al ámbito de dicha normativa y, en su consecuencia, la aplicación a ella de la disciplina reguladora del contrato de gestión de servicios públicos (título II del libro II de la LCAP).

3. Organismos autónomos locales y entidades públicas empresariales locales

Como acaba de indicarse, en este caso resulta indispensable determinar previamente, antes de tratar su respectivo régimen jurídico, los rasgos característicos propios de ambas figuras. Y, desde esta perspectiva, la LOFAGE desempeña una función absolutamente capital.

Organismos autónomos y entidades públicas empresariales constituyen, de entrada, dos especies pertenecientes a un mismo género: los organismos públicos. Esta denominación genérica viene a reemplazar la antigua de Administración institucional del Estado; y a pro-

porcionar además cobertura legal a lo que hasta ahora venía siendo sólo una mera propuesta doctrinal.

Una de las finalidades primordiales, en efecto, de la LOFAGE es la de extender su ámbito de aplicación a los organismos públicos (artículo 1), englobando de este modo en su ámbito propio, dentro de la denominada Administración General del Estado (AGE), no sólo la Administración del Estado estrictamente considerada (central y periférica o "territorial", ahora) sino también su Administración institucional.

El concepto de organismo público cumple la indicada misión. A su socaire, la LOFAGE contempla en un solo texto legal lo que antes estaba esparcido entre dos al menos, o más incluso: las antiguas LRJAE (leyes de régimen jurídico de la Administración del Estado de 1957) y LEEA (Ley de entidades estatales autónomas de 1958), contemplada esta última por la LGP (Ley general presupuestaria de 1977).

En los términos dispuestos por la LOFAGE, ya desde su propio artículo 1, "los organismos públicos son las entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta". A partir de esta definición, cabe deducir las dos características centrales de los organismos públicos. Dichas características, si no del todo contrapuestas, sí que se sitúan, al menos, en una especie de tensión irreductible.

Queda destacada, en primer término, la estricta dependencia o vinculación de los organismos públicos a la Administración General del Estado. Insistirá enseguida sobre ello el artículo 2.3 de la LOFAGE, resaltando dicha exigencia de dependencia y vinculación. Tal es la intensidad de la dependencia, que ha llegado a sostenerse incluso la existencia de una relación de jerarquía. Sin embargo, más que de "jerarquía", procede realmente hablar de "tutela".

En efecto, al tiempo que su dependencia, la LOFAGE subraya la segunda de las características centrales de los organismos públicos: "Son organismos públicos los creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado, para la realización de cualquiera de las actividades previstas en el apartado 3 del artículo 2, cuyas características justifiquen su organización y desarrollo en régimen de descentralización funcional" (artículo 41). Lo que es incompatible con la jerarquía.

Desde luego, la utilización de la expresión "descentralización" es equívoca en este contexto. En todo caso, lo que se pretende subrayar a través de la descentralización es lo que verdaderamente singulariza a los organismos públicos, esto es, la atribución de personalidad jurídica propia y singular a todas estas entidades, para el desarrollo de su actividad.

Cabe agregar a todo lo expuesto que se ha tratado de buscar también una característica diferencial de los

organismos públicos sobre la base de un criterio material, esto es, atendiendo a las propias actividades que les están encomendadas y que han de realizar.

El intento de asentar sobre base material un nuevo criterio diferenciador de la categoría, desde luego, resulta arriesgado. Sin perjuicio de ello, la identificación de las tareas asignadas a un organismo o de la misión que justifica su creación puede, en todo caso, contribuir a determinar su caracterización. Cabría así sostener, a partir de las propias previsiones legales contenidas en la LOFAGE (artículo 2.4 y 42), la imposibilidad de constituir un organismo público sólo para la realización de tareas de policía o de limitación.

La LBRL, como ya se ha adelantado, no se refiere en ningún caso a la categoría genérica de los organismos públicos, sino que lo hace directamente a sus dos especies típicas, los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales. En nuestra opinión, ello es un acierto, porque queda así sorteada cualquier polémica acerca de si los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales son las únicas categorías de organismos públicos o si hay más, es decir, otros organismos públicos.

Tal debate está planteado, ciertamente, a propósito de la LOFAGE, a cuya luz es perfectamente posible admitir dentro de la misma categoría genérica la existencia de otras entidades diferenciadas, las previstas concretamente en sus disposiciones adicionales: además, en ellas, las características formales y sustanciales de los organismos públicos, si no decaen en parte, al menos se debilitan, tanto en lo que hace a su vínculo de dependencia, como a la interdicción de ejercer en exclusiva funciones de policía o supervisión.

En el ámbito local, eliminada la existencia de otras figuras, la cuestión queda así limitada a los dos organismos públicos que podemos denominar típicos o nominados. Avanzando ya en nuestro análisis, la LOFAGE establece también sus respectivos rasgos característicos.

Sobre los organismos autónomos, figura ya clásica en nuestro ordenamiento jurídico, la LOFAGE establece: "Los organismos autónomos se rigen por el Derecho administrativo y se les encomienda en régimen de descentralización funcional [...] la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos" (artículo 45.1). Antes, su definición era más larga, lo que se justificaba precisamente por la inexistencia de la categoría genérica de organismo público.

Lo que caracteriza a los organismos autónomos es su sujeción plena al Derecho administrativo. Los organismos autónomos son "administraciones públicas" sin matices y participan, consiguientemente, de la misma naturaleza que la de las entidades que las crean. Su consideración como administraciones públicas lo es a todos los efectos. Con toda congruencia, así se prevé con carácter general: tanto por la LRJAP-PAC (Ley 30/1992, de

26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común), como por la LCAP (Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio); cabría añadir también la LJCA (Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa).

Refuerza esta conclusión la desaparición de los antiguos organismos autónomos de carácter comercial, industrial o análogos. Sujeción plena al Derecho administrativo, así, pues; lo que no quiere decir que dicha sujeción sea exactamente la misma que la de la Administración a la que figuran adscritos. Pero ello remite al análisis de su régimen jurídico, que no corresponde ahora desarrollar, sino algo más adelante. Porque todavía se requiere proseguir con estas consideraciones.

A los organismos autónomos, en efecto, se contraponen las entidades públicas empresariales: "Las entidades públicas empresariales son organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptible de contraprestación" (artículo 53 de la LOFAGE). Agregando inmediatamente el mismo precepto: "Las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria."

Es claro que, de este modo, pretende completarse la diferencia entre ambos organismos públicos sobre un criterio material: los organismos autónomos resultan la modalidad procedente para la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos (artículo 45.1); y las entidades públicas empresariales, otro tanto, en este caso, para la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación (artículo 53).

Existe, es verdad, un cierto grado de coincidencia en la determinación de las actividades legalmente así definidas (por ejemplo, en el caso las actividades prestacionales). Pero, dicho esto, no menos claro es que, por una parte, la expresión "servicios públicos" (artículo 45.1), en el caso de los organismos autónomos, sí se utiliza aquí en su sentido propio y estricto, y no comprende consecuentemente todo el círculo de actividades que una administración puede y debe desarrollar; y que, por otra parte, a dicha expresión se contraponen después, en el caso de las entidades públicas empresariales, la de meros "servicios" (artículo 53.1), los cuales deliberadamente no se adjetivan. De este modo, se establece un criterio expreso y su propósito es claro.

Con todo, no es fácil, sin embargo, fundamentar la diferencia sobre esta base, al menos, solamente. En particular, es complicado negar la posibilidad de que las entidades públicas empresariales se dediquen a la gestión de los servicios públicos, limitando este supuesto a los organismos autónomos; más fácil será lo contrario, esto es, que los organismos autónomos no puedan ocuparse de atender meros servicios. La tarea es, pues, posible, pero complicada.

Por eso, más allá de este criterio, hay que recurrir fundamentalmente al que antes se destacó, esto es, al régimen jurídico aplicable a estas entidades. Y atendiendo este criterio, las diferencias sí se manifiestan con mayor claridad: el artículo 45.1 de la LOFAGE proclama que los organismos autónomos se rigen sin más por el Derecho administrativo; mientras que el artículo 53.2 de la LOFAGE, en lugar de ello, dispone para las entidades públicas empresariales la aplicación del Derecho privado.

Ha de matizarse que la exención del Derecho administrativo tampoco es en este último caso absoluta o radical. Y el propio artículo 53.2 excluye así, concretamente: las reglas relativas a la formación de la voluntad de sus órganos; los aspectos vinculados al ejercicio de potestades administrativas; y por último, y lo más importante, las salvedades dispuestas por la propia LOFAGE (y la restante normativa a la que esta Ley se remite, entre otras, la legislación presupuestaria y patrimonial).

Sin embargo, no por ello desaparecen las diferencias; al contrario, subsisten, son consistentes de entrada, y se proyectan sobre diversos aspectos. Un análisis comparativo así lo viene a confirmar. Ello obliga ya a descender sin mayores dilaciones al examen del régimen jurídico aplicable a ambas categorías.

—El personal de los organismos autónomos (artículo 47) será funcionario o laboral, en los mismos términos establecidos para el personal de la Administración de la que los organismos puedan depender; mientras que el de las entidades públicas empresariales (artículo 55) se rige por el Derecho laboral, sin perjuicio de la necesidad de observar diversas reglas puntuales dispuestas, sobre todo, en materia de selección (también puede haber, ciertamente, alguna peculiaridad para los organismos autónomos: artículo 47.3).

—En contratación, si se acude a la LCAP, a la que la LOFAGE se remite en ambos casos (artículos 49 y 57), se advierte una aplicación claramente más matizada de sus previsiones en el supuesto de las entidades públicas empresariales (artículo 2) (al menos, por lo que se refiere a algunas de ellas: en esencia, las que desarrollan actividades mercantiles o industriales y que no están financiadas o controladas mayoritariamente por alguna administración pública, condición ésta que cumple la mayoría de las entidades públicas empresariales, no así el primero) que en el de los organismos autónomos, cuyo régimen es el general, en todo caso y sin excep-

ciones y por tanto, el propio de la Administración de la que dependen (artículo 1.3).

—En cuanto al régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero, la LOFAGE se limita a disponer el reenvío respectivo, para ambos casos (artículos 50 y 51, 58 y 59, respectivamente), a lo prevenido por la legislación presupuestaria. Y la LGP, dentro del marco general del sector público al que extiende en su globalidad la aplicación de sus disposiciones (artículo 2), permite vislumbrar algunas peculiaridades propias a partir de la diversa ubicación de los organismos autónomos, en el sector público administrativo, y de las entidades públicas empresariales, en el sector público empresarial (artículo 3). Al menos, algunas de dichas entidades: por no alargarnos en exceso, la diferenciación aquí coincide, en esencia, con la que resulta de la normativa vigente en materia contractual y que, justamente, acaba de verse.

—En materia patrimonial, la reciente LPAP también ha profundizado en las diferencias. En el capítulo de sus previsiones generales no pueden pasar inadvertidas ya algunas particularidades contempladas para las entidades públicas empresariales (artículos 41.3, 80.3, 110.2, 120.2 y 143.5), si bien es menester reconocer que el conjunto de estas previsiones resulta aplicable en principio, tanto a los organismos administrativos como a las propias entidades públicas empresariales. Donde verdaderamente reaparecen las distancias, sin embargo, es más adelante, sobre todo, a partir de la caracterización que la LPAP hace de estas entidades como parte del Patrimonio Empresarial de la Administración General del Estado (artículo 166), y como tal sujeto a una disciplina claramente diferenciada (título VII).

—Por último, en los recursos económicos, algunas fuentes de ingresos, como las consignaciones específicas establecidas en los Presupuestos, las transferencias corrientes o de capital que procedan de las administraciones o entidades públicas y las donaciones, legados y otras aportaciones de entidades privadas y de particulares, se excluyen para las entidades públicas empresariales, que pueden en cambio financiarse mediante los ingresos que deriven de sus operaciones (artículo 65.2). Sin embargo, se añade que, para las entidades públicas empresariales, caben otras fuentes de ingresos, por circunstancias excepcionales, cuando así lo prevea su ley de creación (artículo 65.2), mientras que, por otro lado, los organismos autónomos mantienen las puertas abiertas a otras fuentes, si así están autorizados según las disposiciones por las que se rijan [artículo 65.1.e)]. Lo que, evidentemente, si se suman ambas consideraciones, lleva a reducir y salvar en buena parte las distancias iniciales.

En todo caso, para completar este planteamiento que ahora nos ocupa, debe señalarse que *de lege ferenda* resulta discutida la naturaleza de las entidades públicas empresariales, que permanecen en el corazón de la

polémica al tratar justamente de aunar y ser a la vez Administración y empresa. Puede la Administración ejercer actividades empresariales y adoptar la fórmula correspondiente: lo que no está tan claro es que pueda a la vez permanecer siendo Administración, en tal caso.

Legitimada de cualquier modo, en la actualidad, a nivel legal (esto es, *de lege data*) la existencia de dos categorías diferenciadas (organismos autónomos y entidades públicas empresariales), debemos agregar que, como ya adelantamos, la LBRL proyecta sobre su respectivo régimen jurídico general algunas particularidades propias que interesa ahora dar a conocer, a cuyo efecto cabe agrupar tales particularidades en tres bloques separados.

—Como reglas comunes a ambas especies, en primer término:

Su creación, modificación, refundición y supresión corresponde al Pleno de la entidad local, quien aprobará sus estatutos. Deberán asimismo quedar adscritas a una concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local [artículo 85.bis.1.a)].

El titular del máximo órgano de dirección de los mismos deberá ser un funcionario de carrera o laboral de las administraciones públicas o un profesional del sector privado, titulados superiores en ambos casos, y con más de cinco años de ejercicio profesional en el segundo (en los municipios de régimen especial, tendrá la consideración de órgano directivo) [artículo 85.bis.1.b)].

La determinación y modificación de las condiciones retributivas, tanto del personal directivo como del resto del personal, deberán ajustarse en todo caso a las normas que al respecto apruebe el Pleno o la Junta de Gobierno, según corresponda [artículo 85.bis.1.e)].

Están sometidos a controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos por las correspondientes concejalías, áreas u órganos equivalentes de la entidad local [artículo 85.bis.1.f)].

Su inventario de bienes y derechos se remitirá anualmente a la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local [artículo 85.bis.1.g)].

Será necesaria la autorización de la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que se encuentran adscritos, para celebrar contratos de cuantía superior a las cantidades previamente fijadas por aquélla [artículo 85.bis.1.h)].

Estarán sometidos a un control de eficacia por la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que estén adscritos [artículo 85.bis.1.f)].

Como contenido necesario de los estatutos se establece (artículo 85.bis.2): a) la determinación de los órganos máximos de dirección del organismo, así como su forma de designación, con indicación de los actos y resoluciones que agoten la vía administrativa; b) las funciones y competencias, con indicación de las potestades

administrativas generales que éste puede ejercitar; c) el patrimonio que se les asigne para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que hayan de financiar el organismo; d) el régimen relativo a los recursos humanos, patrimonio y contratación; e) el régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, de intervención, control financiero y control de eficacia que serán en todo caso conformes con la legislación sobre haciendas locales.

Por último, los estatutos deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo del organismo público correspondiente (artículo 85.bis.3).

–En segundo lugar, para los organismos autónomos locales, sus singularidades adicionales se limitan concretamente a una sola, la previsión de que en ellos deberá existir un consejo rector, cuya composición se determinará en los estatutos [artículo 85.bis.1.c)].

–Finalmente, las específicas de las entidades públicas empresariales son algunas más:

Sobre su adscripción, podrán estarlo no sólo directamente a la corporación local, sino también a un organismo autónomo local; excepcionalmente, incluso podrán existir entidades públicas empresariales cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma o distinta naturaleza [artículo 85.bis.1.a)].

En lo que hace a su organización, deberá existir un consejo de administración, cuya composición se determinará en sus estatutos. Por otra parte, el secretario del Consejo de Administración, que deberá ser un funcionario público al que se exige para su ingreso titulación superior, ejercerá funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de estas entidades [artículo 85.bis.1.d)].

Y, en fin, a los estatutos les corresponde también la determinación de los órganos de la entidad a los que en su caso se confiera el ejercicio de las potestades administrativas [artículo 85.bis.2.c)].

4. Sociedades mercantiles públicas locales

Al contrario de las anteriores, esta figura no forma parte de la Administración institucional. La LOFAGE sitúa a estas sociedades claramente fuera de ella y, por tanto, también fuera del ámbito de los organismos públicos (disposición adicional 12ª; en los mismos términos, la LBRL: artículo 85 ter).

Pero la inclusión dentro de dicha categoría de las entidades públicas empresariales, verdadero híbrido entre Administración y empresa, permite y hasta obliga a replantear esta cuestión en toda su dimensión. También, porque la exención del Derecho público de las sociedades mercantiles no es total, y las propias excepciones con las que los dos preceptos legales

antes indicados disponen la remisión al Derecho privado así lo confirman.

Las sociedades mercantiles, en primer lugar, no son administraciones públicas en sentido propio, pero sí forman parte en todo caso del sector público, concepto sólidamente arraigado y que resulta absolutamente determinante, con toda claridad ahora, a los efectos de la aplicación de la normativa (pública) vigente en materia presupuestaria, contabilidad, de régimen económico y financiero.

Por otro lado, tampoco serán entidades públicas en sentido estricto, pero igualmente no están exentas de las disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa (la LCAP resulta de aplicación también a las sociedades mercantiles, tras la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (artículo 67), que introduce importantes modificaciones a su artículo 1.2 y disposición adicional 6ª, de resultas en última instancia de la condena a España por el incumplimiento de las disposiciones comunitarias en la materia: STUE de 15 de mayo de 2003.

Y, todavía más, pueden llegar a aproximarse en fin las sociedades mercantiles a la categoría de los organismos públicos (y en particular a la de las entidades públicas empresariales incluida en ella), si se repara en que, por un lado, las entidades públicas empresariales pueden tener otras peculiaridades de acuerdo con su propia normativa reguladora, y pueden además carecer de potestades administrativas.

Sin embargo, siendo ello cierto, hay base también para mantener las distancias. Y la diferencia esencial entre las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles públicas, que es la que centra la polémica, reside a la postre en su respectiva forma de personificación: pública, en el primer caso, y privada, en el segundo. En definitiva, nuevamente aquí, un criterio de carácter jurídico formal.

Las primeras (entidades públicas empresariales) mantienen así su consideración de Administración pública y forman parte por tanto de dicho conglomerado dentro del cual quedarían integradas en una especie así de supraorganización o de complejo organizativo unitario. Y, por su carácter de administraciones públicas, se rigen en consecuencia por los mismos principios de organización, funcionamiento y relaciones con los ciudadanos que éstas y les son de aplicación sus mismas reglas (de este modo, los principios establecidos en el artículo 3 de la LOFAGE, al igual que los criterios también básicos que figuran en el artículo 5 y ss.), así como las normas básicas relativas a la organización administrativa (artículo 44 de la LOFAGE), que en definitiva remite a la totalidad de su título I, sin perjuicio de las especialidades incluidas en el propio título III. Las entidades públicas empresariales son en definitiva organizaciones configuradas por el Derecho público; no así, las sociedades mercantiles.

Las consecuencias no son desdeñables. Es incuestionable que para las sociedades mercantiles en primer lugar resulta más sencillo proceder a la transmisión total (o parcial) de la sociedad; o, en otros términos, a su verdadera privatización: simplemente, procediendo a la enajenación total o parcial de su capital social, y sin necesidad por tanto de desmontar estructura orgánica alguna (porque continúa sirviendo en todo caso la preexistente).

El primer paso para su exclusión del ámbito de lo público ya estaría dado. Por otro lado, y en segundo término, respecto de las entidades públicas empresariales, el carácter de persona jurídica sólo opera a efectos *ad extra*: en otros términos, en la esfera interna, la autonomía de la entidad está muy condicionada por el carácter instrumental de la entidad, de manera que puede hablarse incluso en dicho ámbito de una especie de "personalidad rebajada" o "semipersonalidad".

Y la diferenciación indicada, sin duda, se proyecta sobre su respectivo régimen jurídico:

–Así, en el apartado del personal, el Derecho laboral es el régimen jurídico aplicable común a ambas figuras, si bien en el caso de las entidades públicas empresariales se prevé la posibilidad de asignarles o, más exactamente, adscribirles funcionarios públicos (en todo caso, el secretario del Consejo de Administración ha de serlo, como ya ha sido indicado), que en tal caso se rigen por el estatuto funcional que les es propio. También se imponen para estas entidades algunas limitaciones para la selección del personal, cuyo alcance, sin embargo, no es del todo preciso (si bien parece querer excluirse a su personal directivo, cuestión criticable lo mismo que, en definitiva, también lo es pretender excluir de tales reglas a las propias sociedades mercantiles); e, igualmente, en los aspectos retributivos y en los relativos a la gestión de recursos humanos y a la negociación de las condiciones de trabajo.

–En contratación, si bien aplicable a ambas, la sujeción a la LCAP es diferente. Las entidades públicas empresariales se sujetan a la LCAP, en su totalidad (artículo 1.3), si se crean para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y están financiadas mayoritariamente por alguna administración pública o ésta disponga del control de la entidad (este segundo condicionante casi siempre se registra en estas entidades; es, por tanto, el primero el que determina la diferencia); o bien, sólo parcialmente (artículo 2.1), en los demás casos, respecto de los contratos de obras que suscriban por importe superior a 6.242.028 euros o de consultoría, asistencia y servicios, superior a 249.681 euros. Por el contrario, las sociedades mercantiles de capital público, o bien se sujetan sólo parcialmente a la LCAP (artículo 2.1, en los mismos casos, pues, que las entidades públicas empresariales incluidas en este precepto) respecto de los con-

tratos antes mencionados y siempre que la sociedad se caracterice por las notas antes indicadas también (según vimos, en el caso de las entidades públicas empresariales, la concurrencia de estas notas determinaba la aplicación íntegra de la LCAP; aquí se establecen para imponer la aplicación parcial de la LCAP); o bien, quedan excluidas de ella, sujetándose sólo a la observancia de los principios de publicidad y concurrencia (disposición adicional 6ª).

–Otro tanto cabe señalar respecto de la aplicación de la normativa patrimonial a estas entidades. Si bien resulta indiscutible el esfuerzo recientemente desplegado por la Ley 33/2003 por atraer a su ámbito las sociedades mercantiles estatales, y si bien es asimismo indudable que llega a alcanzarse el indicado objetivo, por cuanto que no cabe duda de la aplicación superpuesta a tales sociedades de una serie de reglas y criterios de Derecho público acogidos en el ámbito de dicha normativa (en particular, artículos 169-175), de forma más o menos matizada según los casos (artículos 176-182), por encima de su propia normativa privada, no menos cierto es que dentro de la Ley 33/2003 permanece claramente diferenciada la regulación de estas sociedades respecto de la propia de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales, que, por un lado, dicho sea de paso, se asimilan en sus determinaciones nucleares y, por otro lado, se aproximan también a la que resulta aplicable para la propia Administración General del Estado.

–En cuanto al régimen presupuestario, de contabilidad, gestión y control financiero, las similitudes con las entidades públicas empresariales reaparecen. Las previsiones en materia presupuestaria son coincidentes en ambas figuras (formación de presupuesto propio, de explotación y capital: LGP: artículo 64); y ello, por razón de su común pertenencia al sector público, criterio que es a fin de cuentas el que prevalece en este campo, como también se ha indicado ya. Ambas pueden, por otro lado, concertar operaciones de crédito y endeudarse a través de ellas, dentro de un común escenario de estabilidad presupuestaria (artículo 111 de la LGP). En contabilidad, las sociedades mercantiles de capital público están sujetas al régimen prescrito por la legislación mercantil y, además, al régimen de contabilidad y cuentas públicas (artículos 119 y 129.3 de la LGP); y las entidades públicas empresariales a la postre también llevan una doble contabilidad, sujetándose al sistema privado del Plan General de Contabilidad. Y, del mismo modo, ambos tipos de entidades se someten al control interno de su gestión económica, practicado mediante procedimientos de auditoría (artículos 162 y 163) y de auditoría y control permanente (artículos 157 y 158), y en ambos casos, asimismo, quedan sujetos también al control externo del Tribunal de Cuentas (artículo 138). A decir verdad, cabe señalar que, en este ámbito concreto

que ahora nos ocupa, la línea divisoria ha de reajustarse: por un lado, los organismos autónomos; por otro, el resto de las entidades del sector público. De este modo, se acercan las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles, dándose así la peculiaridad de que la situación que realmente se singulariza es la de los organismos autónomos, que son los que de alguna manera quedan diferenciados en el marco de esta normativa.

En cualquier caso, de lo expuesto resulta que el fenómeno que se ha dado en denominar "huida del Derecho administrativo al Derecho privado" se efectúa no sin cortapisas y límites importantes. Son de aplicación, en una palabra, a las sociedades mercantiles, tanto la normativa reguladora de la contratación administrativa, como la patrimonial y la presupuestaria.

Sobre su régimen general en cualquier caso aplicable, el artículo 85 ter establece algunas especificidades, para las sociedades mercantiles en el ámbito local, que ahora hay que poner de relieve, ya para concluir este trabajo. Sin embargo, tales especificidades son solamente dos, en este caso:

Por un lado, la exigencia de adoptar la forma de sociedad de responsabilidad limitada y la constancia del capital social en la escritura de constitución de la sociedad, capital por otra parte aportado por la entidad local o un ente público de la misma, como ya sabemos (artículo 85.ter.2).

Y, por otro, la concreción por sus estatutos de la forma de designación y funcionamiento de la Junta General y el Consejo de Administración de la sociedad, así como la determinación de sus órganos máximos de dirección (artículo 85 ter 3).

Nota bibliográfica final

ARIÑO ORTIZ, G. *La Administración institucional. Bases de su régimen jurídico. Mito y realidad de las personas jurídico-públicas en el Estado*, LEA, Madrid, 1972.

—"Principios de descentralización y desconcentración", en *Administración y Constitución: los principios de descentralización y desconcentración*, DA, núm. 214; 1988, p. 11 y ss.

BACIGALUPO SAGESSE, M. "La Administración institucional del Estado tras la LOFAGE; cuestiones para el debate", en *Actualidad Administrativa*, vol. 3, 1998, p. 707 y ss.

ESTEVE PARDO, J. "Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos y entidades de Derecho público que por ley han de ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado", en RAE, núm. 92, 1980, p. 353 y ss.

GALLEGU ANABITARTE, A. "Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda", en RAP, núm. 122, 1990, p. 7 y ss.

JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, E. J. *Los organismos autóno-*

mos en el Derecho público español; tipología y régimen jurídico, INAP, Madrid, 1987.

MAGIDE HERRERO, M. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. *Derecho administrativo económico*, vol. I, La Ley, Madrid, 1988.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPOS, J. L. "Las personificaciones instrumentales y la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del régimen local", en *Anuario de Gobierno Local 2003*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2004, p. 107 y ss.

NAVAJAS REBOLLAR, M. *La nueva Administración instrumental*, Colex, Madrid, 2000.

ORTIZ MALLOL, J. "La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración pública: Algunas notas", en RAP, núm. 163, 2004, p. 245 y ss.

REBOLLO PUIG, M. "Las entidades institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", en RAP, núm. 161, 2003, p. 359 y ss.

VAQUER CABALLERÍA, M. *Fundaciones públicas y fundaciones en mano común*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

VV.AA. *Administración instrumental. Libro homenaje a M. F. Clavero Arévalo*, vols. I y II, Civitas-García Oviedo, Madrid, 1994.

VV.AA. "El Gobierno y la Administración", en *Documentación Administrativa*, núm. 246-247, 1996-1997 (con artículos de F. J. Jiménez de Cisneros Cid, A. Palomar Olmeda, A. Betancor Rodríguez y M. N. de la Serna).

VV.AA. *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995 (las voces de P. Menéndez: "Administración independiente", "Administración institucional", "Entidad estatal autónoma", "Fundación pública, organismo autónomo y sociedad estatal"). ■

La autonomía local en la reciente jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo

1. Evolución jurisprudencial sobre la autonomía local en la jurisprudencia constitucional.
 2. La autonomía local en la jurisprudencia constitucional. Algunos criterios posteriores de interpretación.
 3. La autonomía financiera de los entes locales en la jurisprudencia constitucional.
 4. Referencia a la STC de 16 de diciembre de 2003. Pleno, conflicto positivo de competencia número 4765/2002.
 5. Aspectos relevantes de la STC de 25 de marzo de 2004, al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad números 268/1998, 3225/1995, 3226/1995, 3671/1998 y 3730/1998.
 6. Proyección de la garantía constitucional de la autonomía local en el procedimiento de aprobación, modificación y revisión de los planes de urbanismo de ámbito supramunicipal, en relación con el principio de autonomía local: STC de 13 de abril de 2004, que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad números 281/1999, 3475/1998, 4837/1998 y 946/1997.
 7. La autonomía local en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.
 8. Reflexión final.
- Bibliografía.

Juan José González Rivas
*Presidente de la Sección Séptima, Sala Tercera,
del Tribunal Supremo.
Letrado de carrera, excedente, del Tribunal
Constitucional.
Doctor en Derecho*

1. Evolución jurisprudencial sobre la autonomía local en la jurisprudencia constitucional

La Sentencia 4/1981, de 2 de febrero, es sin duda la que representa el comienzo del análisis del principio de autonomía local en la jurisprudencia constitucional y de ella se pueden extraer algunas características básicas:

a) El principio de autonomía local consiste fundamentalmente en la capacidad de decidir libremente entre varias opciones legalmente posibles, de acuerdo con un criterio de naturaleza esencialmente político.

b) Este principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias realizadas por el Estado o por las comunidades autónomas en los casos y formas predefinidos por el legislador, habida cuenta de la posición de superioridad de unas y otras sobre las entidades locales.

En esta primera resolución del Tribunal Constitucional se defiende la defensa del interés local y se potencia lo que en la doctrina científica va a ser posteriormente el desarrollo de la doctrina de la garantía institucional de la autonomía local. Sin embargo, la sentencia no contempla todavía el fenómeno de las comunidades autónomas y se mueve en afirmaciones de principio.

La primera ocasión en que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre las relaciones entre las comunidades autónomas y los entes locales, entonces diputaciones provinciales, es en la Sentencia 32/1981, de 28 de julio, que resuelve el recurso interpuesto por el Estado contra una ley catalana que ordenaba las transferencias urgentes y plenas de las competencias de las diputaciones provinciales a favor de la Generalitat de Cataluña. En dicha sentencia lo que se discutía era las potestades legislativas sobre la materia y, en concreto, si correspondían al Estado o a la comunidad autónoma y, en todo caso, qué contenido de la autonomía local, en el caso de la sentencia, debían ser respetadas. El tribunal resuelve que debe ser el legislador estatal, con carácter general y para todo tipo de materias, quien fije los principios y bases relativos a los aspectos institucionales, entre los que se comprende los organizativos y funcionales. El tribunal se basa en la conocida doctrina de la garantía institucional, según la cual habría un núcleo último o contenido esencial necesario de la institución provincial.

Un nuevo paso representa la Sentencia constitucional 84/1982, de 23 de diciembre, en la que se analiza la posibilidad de que el Estado pudiera delegar o transferir competencias directamente en las corporaciones locales. El tribunal admite esa posibilidad señalando el carácter bifronte del régimen jurídico de las autonomías locales en algunas comunidades autónomas, que hace imposible calificarlo de forma unívoca como intracomunitario o extracomunitario y con un sistema que no es

contradictorio con la naturaleza que a las entidades locales atribuye la Constitución, al concebir el artículo 137 de la CE a los municipios y provincias como elementos de división y organización del territorio del Estado.

Una serie de pronunciamientos que son ya posteriores a la aprobación de la Ley de bases 2/1985, de régimen local, implican sucesivos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que pueden concretarse del modo siguiente:

1º. La Sentencia 27/1987, de 27 de febrero, dictada en un recurso interpuesto por un grupo de senadores contra la Ley valenciana 2/1983, de 4 de octubre, que declara de interés general para la Comunidad Valenciana determinadas funciones de las diputaciones provinciales y reconoce que la concreta configuración institucional de la autonomía provincial corresponde al legislador, incluyendo la especificación del ámbito material de competencias de la entidad local, así como las fórmulas o instrumentos de relación con otras entidades públicas y el sistema de controles de legalidad constitucionalmente legítimos.

2º. La Sentencia 213/1988, de 11 de noviembre, resuelve la impugnación por el Gobierno de la nación sobre la Ley de Cataluña de 9 de enero de 1984, acerca de medidas de adecuación del ordenamiento urbanístico en Cataluña, en concreto los preceptos que reconocían al consejero de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalitat la facultad de suspender los acuerdos municipales de aprobación definitiva de los proyectos de urbanización, estudios de detalle, proyectos de delimitación de polígonos y unidades de actuación, proyectos de reparcelación y estatutos y bases de compensación, todo ello por motivos de legalidad sustantiva formal y de tramitación.

Esta sentencia reconoce que la Ley de bases de 1985 persigue asegurar un modelo de autonomía local en ejercicio de competencias que atribuye al Estado el artículo 149.1.18 de la CE y uno de los elementos fundamentales del modelo es la exclusión de la potestad gubernativa de suspender los acuerdos de las corporaciones locales y la consideración que la legislación, que en el uso de sus competencias dictan las comunidades autónomas sobre urbanismo y otros ordenamientos sectoriales, debe respetar esa exclusión, pues, de otro modo, no se garantizaría el nivel mínimo de autonomía local establecido por el legislador estatal, ya que las diversas legislaciones sectoriales autonómicas podrían imponer controles que en la práctica llegasen a desfigurar el mencionado modelo, incluso a variarlo de contenido.

3º. En la Sentencia 259/1988, de 22 de diciembre, al ocuparse del Decreto 146/1984 del Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña, dictado en desarrollo de la Ley autonómica 3/1984, se estima la impugnación efec-

tuada por el Gobierno de la nación por cuanto que los preceptos del Decreto 146/1984 prevén una potestad gubernativa de suspensión de acuerdos locales que no se adecuan ni responden al sistema de control previsto en los artículos 65 y 66 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, lo que dada la singular y específica naturaleza y posición de ésta en el ordenamiento jurídico, determina la inconstitucionalidad de aquellos preceptos.

4º. La Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, de 21 de diciembre, al resolver el Pleno los recursos de inconstitucionalidad acumulados, sobre la interposición por el Parlamento de Galicia, la Junta de Galicia, el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña y el Parlamento de Cataluña, de la Ley de bases 7/1985, de 2 de abril, señala, en extracto, en el fundamento jurídico quinto:

“El artículo 5 de la LRBRL es impugnado con carácter general por la Generalitat de Cataluña, y por conexión se impugnan también el artículo 105.1, proposición primera, y las disposiciones transitorias primera y segunda. Asimismo, la propia Generalitat impugna, por conexión con el apartado A) del artículo 5 citado, los artículos 20.2 y 32.2 y, por conexión con el apartado B) del artículo 5 citado, el artículo 88.1 de la Ley impugnada. Las restantes entidades recurrentes no impugnan con carácter general el mencionado artículo 5, limitándose a hacerlo de su apartado A) y, por conexión, impugnan también los artículos 20.2 y 32.2. Por demás, el Parlamento de Cataluña impugna, singularmente, el apartado D) del artículo 5 [...].

“[...] El precepto impugnado establece el orden de prelación de normas aplicables a las distintas materias que conciernen a la Administración local, situando en primer lugar los contenidos en la propia Ley, que tiene así efectivamente una pretensión de superioridad ordinal, que se hace explícita en su exposición de motivos. En cuanto que enumera las normas aplicables en una materia en la que la competencia legislativa está dividida entre el Estado y las comunidades autónomas, el precepto ha de ser entendido, en consecuencia, como una norma interpretativa de lo dispuesto en el bloque de la constitucionalidad respecto de esta materia. Es esta naturaleza de norma meramente interpretativa, sin contenido material alguno, la que hace al precepto constitucionalmente ilegítimo. El orden de fuentes en un ordenamiento compuesto es el establecido por el bloque de la constitucionalidad, sin que uno de los elementos de esta realidad compuesta, en este caso el legislador estatal, pueda imponer a todos los demás, como única interpretación posible, la que él mismo hace. Es cierto que al usar de sus facultades legislativas sobre las materias de su competencia, tanto el Estado como las comunidades autónomas han de operar a partir de un determinado entendimiento del blo-

que de la constitucionalidad. Tal entendimiento, que puede ser también denominado, si se quiere, interpretación, se produce entonces, sin embargo, en conexión con una materia determinada, no como criterio abstracto de interpretación y podrá ser siempre corregido por este Tribunal a través de las oportunas vías procesales [...].

“Únicamente queda por contestar la impugnación efectuada por la Generalitat de Cataluña por conexión del artículo 5 con el artículo 105.1, proposición primera, artículo 88.1, párrafo inicial, y las disposiciones transitorias primera y segunda, la primera de las cuales es impugnada también por la Junta de Galicia.

“Esta respuesta no puede ser otra, claro está, que la de que todas las remisiones al artículo 5 han de considerarse eliminadas al haber sido anulado su término de referencia, sin que, dadas las razones que nos han llevado a tal anulación, la supresión de la referencia concreta tenga otro sentido que el puramente formal y que, en consecuencia, la legislación aplicable haya de ser la que efectivamente resulte de la normativa vigente con independencia de que se encuentre o no mencionada en el precepto suprimido.”

En relación con el artículo 20.1.c), el fundamento jurídico sexto, en extracto, señala:

“Lo que sucede es que, en lo concerniente a la organización municipal, el orden constitucional de distribución de competencias se funda en el reconocimiento de tres ámbitos normativos correspondientes a la legislación básica del Estado (artículo 149.1.18 de la Constitución), la legislación de desarrollo de las comunidades autónomas según los respectivos estatutos y la potestad reglamentaria de los municipios, inherente esta última a la autonomía que la Constitución garantiza en su artículo 140. De acuerdo con el modelo constitucional anterior, el artículo 20 de la LRBRL establece, en su apartado 1, los órganos municipales de carácter necesario, reconociendo en el párrafo c) de este mismo apartado la potestad de autoorganización complementaria que corresponde a los propios municipios, lo que, en sí mismo, no plantea problema constitucional alguno. Este problema surge en relación con el último inciso de ese mismo párrafo, según el cual, dicha potestad reglamentaria de autoorganización no tiene más límite que el respeto de los órganos necesarios establecidos por la Ley básica estatal. Con ello resulta evidente que se elimina la posibilidad de todo espacio normativo para la legislación autonómica de desarrollo autonómico en materia de organización municipal, lo que contradice frontalmente el orden constitucional de distribución de competencias arriba descrito. Bien entendido que la declaración de inconstitucionalidad de este inciso está justificada por la exclusividad que como límite se atribuye a esta ley, lo que en modo alguno impide que la LRBRL continúe, en cuanto Ley básica del Estado, cons-

tituyendo un límite (no el único) a la reglamentación organizativa de los municipios.

“Sin perjuicio de lo anterior, el apartado 2 de este mismo precepto reconoce formalmente la potestad legislativa de las comunidades autónomas para que éstas puedan establecer una organización municipal complementaria de la fijada con carácter básico o necesario por la propia LRBRL. No obstante, dicho reconocimiento queda supeditado en su último inciso al hecho de que ‘regirá en cada municipio en todo aquello que su reglamento orgánico no disponga lo contrario’. Ello significa, como subrayan los recurrentes, que el espacio normativo de las comunidades autónomas, en este punto, queda también virtualmente desplazado en su totalidad por la prevalencia de los reglamentos orgánicos complementarios de que puedan dotarse, según esta ley, los propios municipios. Por lo que también debe declararse contrario al orden constitucional de competencias el inciso transcrito.

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

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

También el Tribunal Constitucional declara que el inciso final del artículo 20.2, que dice que regirá en cada provincia en todo aquello en lo que ésta no disponga lo contrario en ejercicio de su potestad de autoorganización del artículo 32.2 y el inciso final del artículo 48, en donde se señala, y a través del Ministerio de Administración Territorial, son igualmente inconstitucionales.

Sin embargo, la Sentencia 214/1989 declara que el artículo 2.2 no es inconstitucional interpretado en el sentido expuesto en el fundamento jurídico tercero, lo que se extiende por conexión al artículo 25.3 de la forma siguiente:

“La Ley se ajusta así, en principio, a la propia doctrina constitucional, según la cual, ‘la garantía constitucional (de la autonomía local) es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado’, correspondiendo al Estado ‘la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia’ de las entidades locales constitucionalmente necesarias.

“a) A esta idea responde el párrafo 1 del artículo 2:

“Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y de las comunidades autónomas reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los municipios, provincias y las islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos.

“Ningún reproche de inconstitucionalidad cabe formular a la referida previsión. Se condensa en la misma el criterio de que corresponde al legislador estatal la fijación de los principios básicos en orden a las competencias que deba reconocerse a las entidades locales, estableciendo, y garantizando, al fin, ‘su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses’ y fijando al respecto unas directrices para llevar a cabo la asignación de tales competencias, directrices que se concretan en atender, en cada caso, a las características de la actividad pública y a la capacidad de gestión de la entidad local, de acuerdo con los principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa de los ciudadanos. Fijados esos criterios –que incuestionablemente se mueven en el plano de los principios generales y que, por ello mismo, no deben suscitar reparo alguno en orden a su reconocimiento como bases de la materia–, concreta algo más la LRBRL al delimitar las materias en las que necesariamente, de acuerdo con los principios señalados, a las entidades locales deberán atribuírseles competencias, e incluso, especificando para los municipios los servicios mínimos que, en todo caso, deberán prestar [...].

“Puede afirmarse, por tanto, que el sistema arbitrado por el párrafo 1.º del artículo 2 de la LRBRL resulta plenamente adecuado a la Constitución, sin que pueda apreciarse extralimitación alguna en la fijación de las bases relativas a las competencias locales. Se mantiene y conjuga, en efecto, un adecuado equilibrio en el ejercicio de la función constitucional encomendada al legislador estatal de garantizar los mínimos competenciales que dotan de contenido y efectividad a la garantía de la autonomía local, ya que no se desciende a la fijación detallada de tales competencias,

pues el propio Estado no dispone de todas ellas. De ahí que esa ulterior operación quede deferida al legislador competente por razón de la materia. Legislador, no obstante, que en el caso de las comunidades autónomas, no puede, con ocasión de esa concreción competencial, desconocer los criterios generales que los artículos 2.1, 25.2, 26 y 36 de la misma LRBRL han establecido.

“b) Ahora bien, el artículo 2 va más lejos y, en esa función garantista de las competencias mínimas de las autonomías locales, añade en su párrafo 2 que ‘las leyes básicas del Estado previstas constitucionalmente deberán determinar las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los entes locales en las materias que regulen’ [...].

“Pues bien, la norma impugnada, que es una norma incompleta o de remisión, no avala o garantiza, por sí misma, la constitucionalidad de las leyes básicas sectoriales, pero no por ello es inconstitucional, ya que tiene en su fundamento las mismas razones que se dan en el párrafo primero de este artículo 2, resultando una consecuencia del reconocimiento de la autonomía de los entes locales que proclama el artículo 137 de la Constitución y de su garantía institucional, según el artículo 140 de la misma. Todo lo cual nos lleva a un fallo interpretativo del precepto contenido en el artículo 2, párrafo 2, en el sentido de que las leyes básicas deberán decir qué competencias corresponden en una materia compartida a las entidades locales por ser ello necesario para garantizarles su autonomía (artículos 137 y 140 de la Constitución). Ello no asegura que la ley básica estatal y sectorial (montes, sanidad, etc.) que tal cosa disponga sea, sin más, constitucional porque si excede de lo necesario para garantizar la institución de la autonomía local habrá invadido competencias comunitarias y será, por ello, inconstitucional, correspondiendo en último término a este Tribunal Constitucional ponderar, en cada caso, si las competencias de ejecución atribuidas a los entes locales son o no necesarias para asegurar su autonomía.

“c) En consecuencia, el artículo 2.2 de la LRBRL es constitucional interpretado en el sentido expuesto, desestimando los recursos en todo lo demás, lo que debe extenderse, por conexión con este artículo 2, a la impugnación efectuada por la Generalitat de Cataluña del artículo 25.3 de la Ley.”

Finalmente, se reconoce que no tiene carácter básico el artículo 45.2, apartado b), apartados primero y segundo, y que su contenido no es vinculante para las comunidades autónomas recurrentes, desestimándose el recurso respecto de todo lo demás.

Hasta aquí uno de los aspectos fundamentales del análisis de la jurisprudencia constitucional en la primera década de funcionamiento del Tribunal.

2. La autonomía local en la jurisprudencia constitucional. Algunos criterios posteriores de interpretación

a) “Es, pues, el principio de suficiencia de ingresos y no el de autonomía financiera el que garantiza la Constitución española en relación con las haciendas locales, suficiencia de medios que, como hemos señalado también en reiteradas ocasiones, constituye el presupuesto indispensable para posibilitar la consecución efectiva de la autonomía constitucionalmente garantizada” (STC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7).

b) En efecto, el “principio de autonomía que preside la organización territorial del Estado (artículos 2 y 137), ofrece una vertiente económica importantísima, ya que, aun cuando tenga un carácter instrumental, la amplitud de los medios determina la posibilidad real de alcanzar los fines” (STC 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6).

c) “La autonomía de los entes locales va, entonces, estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas” (STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 4); es decir, “para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los artículos 137, 140 y 141 de la CE”. STC 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2.b); en el mismo sentido, STC 96/1990, FJ 7; 171/1996, de 30 de octubre, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 4.b) y 22, y 104/2000, FJ 4.

d) “Por otro lado, conviene también subrayar que, sin perjuicio de la contribución que las comunidades autónomas puedan tener en la financiación de las haciendas locales (éstas, en virtud del artículo 142 de la CE, se nutrirán también de la participación en tributos de las comunidades autónomas), conforme hemos venido señalando reiteradamente, es al Estado, a tenor de la competencia exclusiva que en materia de hacienda general le otorga el artículo 149.1.14 de la CE, a quien, a través de la actividad legislativa y en el marco de las disponibilidades presupuestarias, incumbe en última instancia hacer efectivo el principio de suficiencia financiera de las haciendas locales”. STC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6; 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2.b); 171/1996, de 30 de octubre, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22; 104/2000, de 13 de abril, FJ 4.

e) Señala la STC 109/1998, de 21 de mayo, en relación con la autonomía, en su faceta económica, de las provincias: “Si bien el artículo 142 de la CE sólo contempla de modo expreso la vertiente de los ingresos, no hay inconveniente alguno en admitir que tal precepto constitucional, implícitamente y en conexión con el artículo 137 de la Norma suprema consagra, 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 referidas" (FJ 10).

f) Con respecto a los entes locales, "aunque el soporte material de la autonomía financiera son los ingresos y en tal sentido la Constitución configura como principio la suficiencia de recursos", "la autonomía financiera está configurada más por relación a la vertiente del gasto (como capacidad para gastar...) que con relación al ingreso –como capacidad para articular un sistema suficiente de ingresos–" (STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 4).

g) Autonomía local en la vertiente del gasto, como recuerda la STC 109/1998, entraña, al menos, dos exigencias. En primer lugar, "la plena disponibilidad" por las corporaciones locales de sus ingresos, "sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias" (FJ 10), doctrina ésta que, vertida inicialmente en relación con la autonomía de gasto de las comunidades autónomas, se aplica a los entes locales desde la STC 237/1992, de 15 de diciembre (FJ 6). Y, en segundo lugar, la capacidad de decisión sobre el destino de sus fondos, también sin condicionamientos indebidos. "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" (FJ 10).

h) También señala la STC 109/1998, que "bajo el prisma de los artículos 137 y 142 de la CE, el ámbito sobre el que se proyecta la autonomía de gasto provincial no ha de concebirse como una esfera total y absolutamente resistente a cualquier mínima incidencia o afectación proveniente de otros niveles de gobierno", dado que, en relación con la autonomía local –aquí en su concreta vertiente económica–, "lo que la Constitución veda de una forma terminante y sin excepciones no es sino el menoscabo del núcleo esencial o reducto indisponible de la institución, estrictamente". De donde inferimos que la autonomía en el ámbito económico, y, concretamente, en la vertiente del gasto, de la que gozan los entes locales "puede ser restringida por el Estado y las comunidades autónomas", pero siempre –es importante subrayarlo– que dicha restricción se lleve a cabo "dentro de los límites establecidos en el bloque de la constitucionalidad" (FJ 10). STC 48/2004, de 25 de marzo, FJ 10.

3. La autonomía financiera de los entes locales en la jurisprudencia constitucional

La Sentencia sobre haciendas locales (STC 233/1999) incide en diversas cuestiones importantes sobre fuentes del Derecho. Por un lado, en materia de normas básicas

del Estado, mantiene la doctrina que exige a las Cortes Generales determinar con claridad el carácter básico de los preceptos que aprueba con tal carácter (FJ 5, que se hace eco de la STC 69/1988); e introduce diversas precisiones acerca de la fuerza de ley de las normas básicas, que no constituyen un tipo o forma de ley distinta de las restantes leyes del Estado, sino que comparten plenamente su fuerza de ley, tanto activa como pasiva (FJ 40).

La STC 233/1999, por otro lado, dedica uno de sus bloques más importantes a analizar el alcance de la reserva de ley que la Constitución traza en materia tributaria (en especial, en su artículo 31). Las numerosas impugnaciones dirigidas contra la Ley de haciendas locales se concentraban en dos puntos: la regulación de las tasas y, sobre todo, de los precios públicos suponía una deslegalización, que dejaba en manos de los distintos ayuntamientos la determinación de elementos esenciales de tributos que debían estar regulados por ley, y por ende la libre fijación de la carga tributaria; en segundo lugar, la regulación de las prestaciones personales y de transporte en pequeños municipios, que asimismo vulneraba la reserva constitucional de ley.

En la primera cuestión, la sentencia insiste en que la Ley remita su desarrollo a las determinaciones que adopten órganos electivos y que representan a los ciudadanos, como son los plenos de los ayuntamientos. La situación es, por tanto, muy distinta a la que dio lugar a la declaración de inconstitucionalidad parcial de la legislación estatal sobre precios públicos, pues se trataba del Gobierno y los ministros (lo que lleva a modular el alcance de la doctrina de la STC 185/1995, en sintonía con la STC 19/1987). Esta diferencia estructural, y el contenido específico de los preceptos, salva la constitucionalidad de las normas sobre tasas locales (FJ 9, 10 y 11) y sobre precios públicos (FJ 15 y 16), excepto en lo que toca a la fijación de precios públicos exigibles por servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria, de carácter indispensable o prestados en régimen de monopolio de hecho o de Derecho [fallo 1º y FJ 19.c)]; en el bien entendido de que el Pleno de la corporación no puede delegar el establecimiento o modificación de la totalidad de los precios públicos en la Comisión de Gobierno, precisamente porque este órgano no es representativo de los vecinos (fallo 2, FJ 18 *in fine*).

También la Sentencia 233/1999 enjuicia distintos preceptos de la legislación estatal desde la perspectiva del principio de autonomía local, básico en la configuración del Estado de las autonomías (artículo 137 y concordantes de la CE). Ya se ha apuntado su influencia al precisar el alcance de las competencias del Estado, que por regla general se limitan a lo básico, pero que son exclusivas cuando se trata de asegurar la suficiencia de medios, premisa de la autonomía local (FJ 4), con diversas manifestaciones concretas (FJ 21, 37, 38). Esta idea cobra especial importancia cuando se trata de enjuiciar la lici-

tud de que la Ley estatal establezca el conjunto de tributos locales: el impuesto de actividades económicas, el impuesto de bienes inmuebles, etc. (FJ 22 y cc), así como los criterios de distribución en los tributos del Estado (FJ 31). Aunque su virtualidad no acaba ahí: la autonomía local modela decisivamente el alcance de la reserva de ley tributaria.

Así, la STC 233/1999 sobre la Ley reguladora de haciendas locales contiene, entre otras, las siguientes determinaciones:

1) Con carácter general, precisó que las instituciones generales del Estado disponen de una competencia legislativa básica para regular la Hacienda local, que se sitúa en las bases de las administraciones públicas (artículo 149.1.18 de la CE); sólo de manera puntual puede el Estado regular con carácter exclusivo tal materia, haciendo prevalecer su competencia sobre la Hacienda general (artículo 149.1.14 de la CE): cuando la normativa estatal regula instituciones comunes a las distintas haciendas o medidas de coordinación entre la Hacienda estatal y las locales; o también cuando su finalidad es la salvaguarda de la suficiencia financiera de las haciendas locales (artículo 142 de la CE), en cuanto presupuesto indispensable de la autonomía local.

2) Las numerosas impugnaciones específicas fueron rechazadas, asimismo, con una excepción: la eventual creación por las entidades locales de unidades administrativas determinadas, en materia de pagos o tesorería, no tiene carácter básico y vulnera el orden constitucional de competencias (fallo 4 y FJ 38 *in fine*). Sí es constitucional, en cambio, que la Ley estatal disponga la publicación de las ordenanzas y otros acuerdos locales en el *Boletín Oficial de la Provincia*, con plenos efectos jurídicos, sin impedir su publicación en el boletín de la respectiva comunidad autónoma (FJ 8); que establezca los tributos locales, tanto de carácter obligatorio como facultativo, sin dejar margen legislativo a Cataluña, así como el incremento de su gravamen (FJ 22 y 26), y los recursos de las provincias y de otras entidades, como comarcas o áreas metropolitanas (FJ 36 y 37); que regule la participación de los entes locales en los tributos del Estado, y establezca asignaciones complementarias, sin participación autonómica (FJ 31), y disponga medidas específicas para financiar los transportes colectivos urbanos [FJ 14.d)]; que prevea compensaciones si la comunidad autónoma establece un impuesto sobre vehículos [FJ 41.a)]; que la Ley regule el Catastro, y que confíe su organización y funcionamiento a un órgano de la Administración general del Estado (FJ 25); que atribuya a los ayuntamientos la gestión del impuesto de actividades económicas (IAE), sin prever las atribuciones de la comunidad autónoma en forma de delegación y coordinación, o de inspección, pues no se ven impedidas por la Ley (FJ 29); o que permita a la Administración estatal ejercer transitoriamente la gestión de diversos

impuestos locales (FJ 42); que regule detalladamente la documentación presupuestaria, así como las fases principales del gasto público (FJ 38) y que regule determinadas operaciones de crédito.

Las prestaciones personales y patrimoniales que pueden imponer, según la Ley, los pequeños ayuntamientos a sus vecinos no suscitaron especiales dificultades desde el punto de vista de la reserva de ley (FJ 34), sino desde la perspectiva material de si respetaban o no el principio de igualdad.

La STC 233/1999 enjuicia también muchas disposiciones legales, acusadas de vulnerar la reserva de ley tributaria (artículo 31 de la CE): las referencias a las “demás prestaciones” que pueden establecer las entidades locales (FJ 6); la remisión al reglamento para precisar los medios de intercambio de datos tributarios entre administraciones (FJ 7); distintos aspectos de la regulación de las contribuciones especiales, como el tope máximo de su base imponible, la sujeción de las compañías de seguros para financiar el servicio de extinción de incendios, y el aplazamiento o anticipación del pago de las contribuciones (FJ 12, 13 y 14). Finalmente, la regulación de diversas figuras tributarias locales (el impuesto sobre bienes inmuebles, de actividades económicas, etc.) fue analizada desde la óptica de los principios constitucionales de capacidad económica y de interdicción de confiscaciones, concluyéndose que la norma no incurría en inconstitucionalidad (FJ 23, 24, 27 y 28).

Con posterioridad a dicha sentencia, la jurisprudencia constitucional ha concretado algunas pautas de interpretación constitucional del modo siguiente:

“Como señalamos en la STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22, el principio de suficiencia financiera implica que los entes locales cuenten con fondos suficientes para cumplir con las funciones que legalmente les han sido encomendadas, ‘pero no impide ni descarta que dichos fondos superen la cifra precisa para cubrir las necesidades del municipio o, dicho de otro modo, no se opone a que exista superávit presupuestario’. En segundo lugar, porque, como dijimos en la misma sentencia, FJ 37, las comarcas ‘cuya autonomía no aparece constitucionalmente garantizada’ (STC 32/1981, FJ 3), constituyen entidades locales ‘con un fuerte grado de interiorización autonómica’, debiendo ser ‘la propia comunidad autónoma la que, a la hora de proceder a la creación de tales entidades supramunicipales, habrá de prever al mismo tiempo el régimen de recursos financieros aplicable a las mismas en el marco de sus propias competencias’, pudiendo ‘asignar a las mismas los recursos financieros que estimen pertinentes con cargo a los presupuestos de la respectiva comunidad autónoma’, doctrina que se fijó en la mencionada STC 233/1999, decisoria de recursos de inconstitucionalidad promovidos, entre otros, por el Parlamento de Cataluña y el

Consejo Ejecutivo de la Generalitat, contra la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales (en adelante, LHL), y a propósito de la impugnación dirigida frente al artículo 136.1 de dicha Ley, que excluye a las comarcas de la potestad impositiva (incluidos los recargos) y de la participación en los tributos del Estado.” (STC 48/2004, de 25 de marzo, FJ 13)

4. Referencia a la STC de 16 de diciembre de 2003. Pleno, conflicto positivo de competencia número 4765/2002

En este caso, al presidente de la Federación Española de Municipios y Provincias y alcalde presidente del Ayuntamiento de Lleida le había sido delegada la representación de 1.184 municipios para plantear un conflicto en defensa de la autonomía local en relación con la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, Ley general de estabilidad presupuestaria, por considerar que dicha norma vulneraba la autonomía local, quedando perfilada la iniciación del procedimiento con apoyo en el artículo 75 ter de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional.

De particular importancia tiene en la decisión el alcance del análisis de la legitimación para interponer el conflicto en defensa de la autonomía local, respecto del cual el Tribunal recuerda, en extracto:

“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. En este sentido, por lo que se refiere, en lo que ahora interesa, al número de municipios que lo promueven, se afirma en la demanda, aunque no se aporta al respecto certificación alguna, que según datos del Instituto Nacional de Estadística a julio de 2002 son 8.110 los municipios existentes en España. No obstante, de la base de datos del Registro de Entidades Locales (Ministerio de Administraciones Públicas) resulta que el número de municipios existentes en la indicada fecha era de 8.108. De forma que el número de municipios requerido como mínimo para promover el presente conflicto en defensa de la autonomía local es el de 1.158, si se está a la cifra que resulta del Registro de Entidades Locales y que es más favorable para los demandantes, y no el de 1.159 que indican éstos.

“Aunque en la demanda se afirman que son 1.179 los municipios que promueven el conflicto, en realidad son 1.185 los que figuran relacionados en ella y en la documentación que se adjunta a la misma, por lo que en principio se satisface el requisito del número mínimo de

municipios requerido para promover el conflicto. No obstante, a los efectos de determinar el cumplimiento del referido requisito numérico, es obvio que sólo han de computarse aquellas entidades que conste que hayan cumplido los requisitos establecidos en la LOTC para acordar plantear el conflicto en defensa de la autonomía local. En este sentido, como se expone a continuación, tras los trámites de subsanación otorgados, cabe advertir los defectos que seguidamente se concretan y que impiden concluir que el conflicto haya sido promovido debidamente por el número mínimo de municipios que requiere el artículo 75.ter.1.b) de la LOTC.”

Además de este punto concerniente a la legitimación, el Tribunal particulariza aspectos que tienen que ver con el requisito del número mínimo de municipios para conocer de dicho conflicto y este aspecto es ampliamente desarrollado en el fundamento jurídico tercero.

“En un primer bloque cabe agrupar a aquellos municipios o entidades 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.

“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.”

Finalmente, es de especial relevancia la doctrina que se contiene en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del alcance y contenido del artículo 75.ter.2 de la LOTC, que 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, lo que se desarrolla en el fundamento jurídico cuarto.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 75.ter.2 de la LOTC, “Para iniciar la tramitación de los conflictos en defensa de la autonomía local será necesario el acuerdo del órgano plenario de las corporaciones locales con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las mismas”.

Así pues, a tenor del precepto legal transcrito, a los efectos de determinar el número de municipios que en este caso han promovido debidamente el conflicto en defensa de la autonomía local, han de excluirse del número de municipios que se relaciona en el escrito de demanda aquellos en los que los acuerdos de plantea-

miento del conflicto no ha sido aprobado por el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación.

Es la cuestión del plazo la que entre otras determinaciones pone fin al análisis de la resolución, conteniendo especial referencia al plazo dentro del cual ha de adoptarse el acuerdo de plantear el conflicto, que no puede iniciarse antes de la publicación de la ley o norma con rango de ley impugnada y cuya explicitación se contiene con más amplitud en el fundamento jurídico séptimo:

“Los razonamientos hasta ahora expuestos son suficientes por sí mismos para concluir que en este caso no se alcanza el número mínimo de municipios requeridos ex artículo 75.ter.1.b) de la LOTC para promover el presente conflicto en defensa de la autonomía local. Sin embargo, no puede dejar de señalarse, a mayor abundamiento, que 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.

“En el supuesto que nos ocupa, la Ley impugnada fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el día 13 de diciembre de 2001, por lo que, a tenor de la consideración precedente, han de estimarse al menos extemporáneos los 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. En este sentido, en la providencia de 2 de octubre de 2002 por la que se otorgó a la parte demandante un primer plazo de subsanación de los defectos advertidos se requería que expresamente se indicase la fecha de adopción del Acuerdo de promover el conflicto ‘entre los días 13 de diciembre de 2001 y 13 de marzo de 2002’.

“Asimismo, han de estimarse extemporáneos aquellos 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.

“b) Hay 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 trámi-

te, 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 respecto de los que no consta la fecha de adopción del acuerdo de promover el conflicto, ha hecho uso del trámite de subsanación conferido.”

5. Aspectos relevantes de la STC de 25 de marzo de 2004, al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad números 268/1998, 3225/1995, 3226/1995, 3671/1998 y 3730/1998

En la sentencia analizada se pone de relieve el alcance de varias demandas en relación con la transferencia de competencias de diputaciones provinciales a favor de la Comunidad Autónoma de Cataluña, por lo que el Tribunal Superior de Justicia plantea varias cuestiones de inconstitucionalidad por la supuesta inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ley 5/1987, de 4 de abril, de régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales, en relación con la disposición adicional primera de la Ley 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria y el alcance de la exigencia de una aportación económica a favor de las comunidades autónomas como inherente al traspaso de servicios consistente en un porcentaje de participación en los ingresos de esas corporaciones, detraídos a favor de la Generalitat de Cataluña lo que, a juicio de los proponentes, supone una infracción de los artículos 142 y 157 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional estima el recurso interpuesto y hace referencia a los principios de autonomía local y suficiencia financiera que, en parte, recogen las anteriores reflexiones que se contienen en los apartados precedentes, ya examinados, en el contenido de este trabajo. Así, indica el Tribunal en extracto:

“La suficiencia de medios o ingresos para cumplir sus funciones es, pues, el primero de los aspectos que conforman la autonomía de los entes locales en general y de las provincias en particular. Ahora bien, aunque la Constitución únicamente se refiere a la ‘suficiencia de medios’ cuando alude a los entes locales, es evidente que la autonomía de éstos no se agota con la suficiencia de sus haciendas. Como señalamos en la STC 109/1998, de 21 de mayo, precisamente en relación con la autonomía, en su faceta económica, de las provincias, ‘si bien el artículo 142 de la CE sólo contempla de modo expreso la vertiente de los ingresos, no hay inconveniente alguno en admitir que tal precepto constitucional, implícitamente y en conexión con el artículo 137 de la Norma suprema consagra, 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 nece-

sarios para el ejercicio de las competencias referidas' (F 10). De hecho, hemos señalado que, con respecto a los entes locales, 'aunque el soporte material de la autonomía financiera son los ingresos y en tal sentido la Constitución configura como principio la suficiencia de recursos', 'la autonomía financiera está configurada más por relación a la vertiente del gasto (como capacidad para gastar) que con relación al ingreso –como capacidad para articular un sistema suficiente de ingresos–' (STC 104/2000, de 13 de abril, F 4). Autonomía local en la vertiente del gasto que, como recordábamos en la citada STC 109/1998, entraña, al menos, dos exigencias. En primer lugar, 'la plena disponibilidad' por las corporaciones locales de sus ingresos, 'sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias' (F 10), doctrina ésta que, vertida inicialmente en relación con la autonomía de gasto de las comunidades autónomas, venimos aplicando a los entes locales desde nuestra STC 237/1992, de 15 de diciembre (F 6). Y, en segundo lugar, la capacidad de decisión sobre el destino de sus fondos, también sin condicionamientos indebidos. 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 (F 10)."

De este modo, el Tribunal Constitucional entiende que la obligación impuesta a las diputaciones de financiar con sus ingresos corrientes servicios inherentes a competencias cuya titularidad plena han traspasado a la comunidad autónoma, establecida por el artículo 12 de la Ley 5/1987, constituye una medida que no está comprendida en el bloque de la constitucionalidad, toda vez que el artículo 142 de la Constitución vincula, en principio, la suficiencia de ingresos de las haciendas locales al ejercicio por los correspondientes entes locales de las funciones o competencias legalmente atribuidas y por otra parte, los preceptos del bloque de constitucionalidad reguladores de los recursos de las comunidades autónomas, no permiten a éstas el establecimiento como recurso propio ordinario de una participación en los ingresos corrientes de las diputaciones provinciales.

El Tribunal también señala que el artículo 12 de la Ley 5/1987 del Parlamento de Cataluña, al establecer que las diputaciones provinciales catalanas deberán financiar servicios públicos respecto de los que tales corporaciones locales carecen de competencia alguna, como es el caso de la materia sanitaria de los servicios y asistencia social, cuyas competencias han sido asumidas por la Administración de la Generalitat en virtud de la disposición adicional primera, apartado primero de la Ley 15/1990, de 9 de julio, y del artículo único de la Ley 26/1991, de 13 de diciembre, desconoce la exigencia constitucional de que el gasto de los entes locales se

destine, en todo caso, a financiar el desempeño de sus funciones o competencias, vulnerando de este modo la autonomía local en su vertiente financiera, garantizada en el artículo 142 de la Constitución.

También entiende el Tribunal que la transferencia de fondos impuesta por la Ley catalana 5/1987, en su artículo 12, no encuentra respaldo en la numeración contenida en el artículo 157.1 de la Constitución, al establecer que las comunidades autónomas se nutran de asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, pero no así de transferencias de ingresos de las diputaciones provinciales.

A la vista de las anteriores consideraciones, el Tribunal Constitucional concluye razonando:

"Hasta aquí hemos considerado la inconstitucionalidad del cuestionado artículo 12 desde una dimensión, como la expuesta, relativa a la incidencia de la detracción que tal precepto impone respecto de los ingresos o fuentes de financiación de las diputaciones provinciales, concluyendo que la misma contraviene, por limitar indebidamente la suficiencia financiera de las haciendas provinciales, el artículo 142 de la CE, que proclama este mandato dirigido a garantizar, en el ámbito económico, la autonomía provincial, constitucionalmente garantizada en el artículo 137 de la Constitución.

"Conviene ahora, dado el planteamiento que en los autos de la sala proponente se formula, analizar no tanto si resulta también vulnerado el artículo 157 de la CE, en sí mismo considerado, sino si este precepto constitucional que contiene, en su apartado 1, la enumeración de los recursos financieros de las comunidades autónomas, suministra también apoyo o razón que justifique, desde la perspectiva de la hacienda de la Generalitat, como destinataria o beneficiaria del porcentaje controvertido, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 12 por la no acomodación al referido artículo 142 de la CE, en este aspecto que pudiéramos calificar de subjetivo, en cuanto habilitante al ente autonómico para exigir la transferencia de fondos provinciales [...].

"Para centrar la cuestión, conviene reparar en que el problema no radica en determinar si el artículo 157 de la CE, el artículo 4 de la LOFCA y el artículo 44 del EAC contienen una enumeración exhaustiva o cerrada, o bien por el contrario meramente enunciativa o abierta, respecto de los recursos que integran la Hacienda de la Generalitat de Cataluña, en cuanto constituyen su soporte financiero, sino, más sencillamente, si la Generalitat puede establecer un recurso financiero ordinario, como el previsto en el cuestionado artículo 12, que, no hallándose expresamente previsto en la Constitución ni en el bloque de la constitucionalidad, nutra las arcas de la comunidad autónoma mediante una transferencia forzosa de los ingresos previstos en los presupuestos de otra hacienda territorial, como son las haciendas provinciales de las diputaciones catalanas.

Y es que, en efecto, en la medida en que cualquier transferencia de recursos de una hacienda territorial a otra, impuesta unilateralmente por una de ellas, implica una alteración de los ingresos o recursos financieros de la hacienda propia del ente territorial al que se impone la transferencia de fondos, incidiendo así en el instrumento indispensable para el ejercicio de sus competencias propias o, lo que es igual, en el ámbito de su autonomía, hemos de considerar que dicha transferencia forzosa de recursos, como fuente de financiación, debe encontrar expresa habilitación en el bloque de la constitucionalidad, es decir, en los preceptos antes reseñados.

“Pues bien, es claro que la transferencia de fondos impuesta por la Ley catalana 5/1987, en su artículo 12, no encuentra respaldo en la enumeración contenida en el artículo 157.1 de la CE, precepto que establece que las comunidades autónomas se nutran de asignaciones con cargo a los presupuestos generales del Estado (letra c), pero no así de transferencias de los ingresos de las diputaciones provinciales. Tampoco prevé expresamente un recurso financiero semejante el artículo 4 de la LOFCA, que únicamente alude a las ‘participaciones en los ingresos del Estado’ [artículo 4.1, letra e)], a las ‘asignaciones que se establezcan en los Presupuestos Generales del Estado’ [artículo 4.2, letra a)] y, finalmente, a las ‘transferencias de los Fondos de Compensación Interterritorial’ [artículo 4.2, letra b)]. En fin, tampoco el artículo 44 del EAC recoge, en el listado de recursos integrantes de la Hacienda de la Generalitat, ningún medio o ingreso financiero procedente de los ingresos corrientes de las diputaciones provinciales de su territorio.

“Así, pues, al no contenerse en el bloque de la constitucionalidad la habilitación necesaria para que las comunidades autónomas impongan o exijan a las haciendas provinciales, como fuente de financiación propia, un porcentaje de participación en los ingresos de las corporaciones provinciales, ha de concluirse, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, que el cuestionado artículo 12 de la Ley 5/1987, al establecer dicha inespecífica o atípica fuente de financiación de la hacienda autonómica, menoscaba la autonomía de dichos entes locales, en su vertiente financiera, conculcando de tal manera el artículo 142 de la CE [...]”

6. Proyección de la garantía constitucional de la autonomía local en el procedimiento de aprobación, modificación y revisión de los planes de urbanismo de ámbito supramunicipal, en relación con el principio de autonomía local: STC de 13 de abril de 2004, que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad números 281/1999, 3475/1998, 4837/1998 y 946/1997

Para analizar esta materia interesa poner de manifiesto algunos precedentes jurisprudenciales del propio

Tribunal Constitucional sobre la materia examinada y así, valoramos como precedentes los ya consignados en materia de autonomía local por la referencia que se ha hecho a la Sentencia constitucional 32/1981, de 28 de julio, las consideraciones que sobre el tema del ejercicio de la delegación legislativa se contiene en la sentencia del Tribunal Constitucional 51/1982, de 19 de julio, y en relación con el Texto refundido de Cataluña en materia de urbanismo y autonomía local, la Sentencia constitucional 159/2001, de 5 de julio.

Partiendo de estos presupuestos jurisprudenciales, en el caso que se contiene en la Sentencia del Pleno de 13 de abril de 2004, al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad números 281/1999, 3475/1998, 4837/1998 y 946/1997, se analiza la cuestión sobre la interposición por el Ayuntamiento de Badalona de un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, contra una resolución del consejero de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalitat de Cataluña, por el que se aprobó definitivamente la modificación del Plan General Metropolitano en un sector de Badalona y en el recurso, la parte actora solicitaba que se declarase la nulidad de la disposición transitoria octava del Texto refundido de la legislación vigente en Cataluña en materia urbanística aprobada por el Real decreto legislativo 1/1990, de 12 de junio, y subsidiariamente, que dicho órgano planteara cuestión de inconstitucionalidad.

Los órganos judiciales plantean la cuestión de inconstitucionalidad por considerar que la competencia de iniciativa para la modificación del Plan General Metropolitano que el precepto atribuía a la Comisión de Urbanismo de Barcelona, órgano urbanístico de la Generalitat de Cataluña y que había asignado a dicho órgano desconcentrado de la Administración autonómica en los dos incisos de la norma cuestionada, incurriría en un exceso en el ejercicio de la delegación legislativa y ello supondría vulneración del artículo 33.1 del Estatuto de autonomía de Cataluña, en relación con el artículo 82.5 de la Constitución. También consideraba que las competencias de iniciativa autonómica para la modificación del Plan General Metropolitano eran contrarias a la garantía constitucional de la autonomía local prevista en los artículos 137 y 140 de la Constitución y, finalmente, que podía ser contraria a la garantía de la autonomía local, la previsión de un régimen transitorio que había de estar en vigor hasta que se aprobara por la comunidad autónoma el Plan Territorial Parcial de ciertas comarcas y que condicionaría sustancialmente el ejercicio por parte de las entidades locales de sus competencias en materia de planeamiento urbanístico, de forma que también podría incurrir en inconstitucionalidad.

En relación con estas cuestiones, el Tribunal Constitucional, en la sentencia analizada, pone de manifiesto, en primer lugar, en relación con la posibilidad de que en

la atribución de competencias de iniciativa para la modificación del Plan General Metropolitano hubiere incurrido en un exceso en el ejercicio de la delegación legislativa, señala la siguiente doctrina, en extracto:

“Es patente que la regulación de la disposición transitoria primera, apartado 3, de la Ley 7/1987 atribuyó la competencia de iniciativa para la modificación del Plan General Metropolitano, en el supuesto de que dicha modificación afecte a elementos con una incidencia territorial limitada a un término municipal o a una comarca, exclusivamente a los entes locales interesados, en el contexto, además, de un precepto que no hace referencia alguna a ningún órgano de la comunidad autónoma; y en el de una ley que estaba inspirada por el principio teleológico de la ‘devolución de competencias a los municipios afectados por el Decreto ley 5/1974’ [artículo 2.2.c) de la Ley 7/1987].

“En efecto, en el precepto del texto legal (la Ley 7/1987) existe una única mención subjetiva (a los entes locales) para la atribución de competencias, de forma tal que el adverbio ‘también’ expresaba un añadido objetivo de competencias a los únicos sujetos (locales) mencionados. Pero en el texto legal resultante (el Decreto legislativo 1/1990) se introduce un nuevo sujeto (la Comisión de Urbanismo de Barcelona), de manera que el ‘también’ resulta un añadido subjetivo a los titulares de la competencia de que se trata.

“Cualquier posible duda sobre el exceso en la refundición se desvanece si, como se ha dicho, se atiende al principio teleológico que inspiraba la regulación de la Ley 7/1987, que se expresa con claridad en su Exposición de motivos: ‘Asimismo hay que tener presente el principio de autonomía local, garantizado por la Constitución y el Estatuto. Este principio no sólo es incompatible con un sistema que permite la asunción generalizada de competencias municipales, como en el caso del Decreto ley de 24 de agosto de 1974, sino que exige claramente fórmulas de devolución de competencias a los municipios, salvo las que necesariamente han de ser ejercidas coordinadamente, dadas las especiales características de los servicios y del territorio. Este hecho ya se ha producido en otros territorios del Estado, donde los municipios han recuperado muchas de las competencias que antes habían sido objeto de centralización.’”

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional entiende que la inclusión del adverbio “también” en el segundo inciso de la disposición transitoria octava constituía un exceso en el ejercicio de la delegación legislativa, un vicio que se puede considerar *ultra vires* contrario al artículo 33.1 del texto del Estatuto de autonomía de Cataluña, en relación con el artículo 82.5 de la Constitución y para ello señala literalmente, en extracto:

“Debe declararse, en consecuencia, que la inclusión del adverbio ‘también’ en el segundo inciso de la disposición transitoria octava del Decreto legislativo 1/1990

constituye un exceso en el ejercicio de la delegación legislativa, un vicio de *ultra vires*, contrario al artículo 33.1 del Estatuto de autonomía de Cataluña en relación con el artículo 82.5 de la CE. Dado que, conforme a los términos en que los órganos judiciales han planteado las cuestiones de inconstitucionalidad, el objeto del análisis y del pronunciamiento en este proceso constitucional se ciñe a la regulación del precepto cuestionado en cuanto afecta a los municipios y no a las comarcas, la apreciación del *ultra vires* hay que limitarla exclusivamente al inciso mencionado en la medida en que añade a la competencia municipal de iniciativa la de la Comisión de Urbanismo de Barcelona cuando la modificación del Plan afecte a elementos con una incidencia territorial limitada a un término municipal.”

Sobre esta determinación el Tribunal hace una aclaración en la que pone de manifiesto que no cabe ninguna objeción desde esta perspectiva de examen de la observancia de los límites del ejercicio de la delegación legislativa a la atribución a la Comisión de Urbanismo de Barcelona de la competencia de iniciativa para la modificación del Plan General Metropolitano en el resto de los casos, es decir, cuando no se de el supuesto de que dicha modificación afecte a elementos con una incidencia territorial limitada a un término municipal o a una comarca, competencia que no se atribuyó por la disposición transitoria primera, apartado tercero, de la Ley 7/1987 a las entidades locales interesadas.

A la vista de los precedentes razonamientos, el Tribunal Constitucional establece la siguiente conclusión:

“Ninguna objeción cabe oponer, sin embargo, desde esta perspectiva formal de examen de la observancia de los límites del ejercicio de la delegación legislativa, a la atribución a la Comisión de Urbanismo de Barcelona de la competencia de iniciativa para la modificación del Plan General Metropolitano en el resto de los casos, esto es, cuando no se dé el supuesto de que dicha modificación afecte a elementos con una incidencia territorial limitada a un término municipal o a una comarca. Esta competencia no se atribuyó por la disposición transitoria primera, apartado 3, de la Ley 7/1987 a las entidades locales interesadas.

“Tampoco el apartado 2 de ese mismo precepto (según el cual ‘las demás competencias de planeamiento, ejecución y gestión urbanísticas que correspondan a la Entidad Municipal Metropolitana de Barcelona serán ejercidas directamente por los entes locales, de conformidad con la legislación urbanística’) sirve de apoyo, como pretenden los autos de planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad, a la tesis de la exclusión de la Comisión de Urbanismo de Barcelona en el ejercicio de la mencionada competencia, porque una interpretación sistemática del conjunto de la regulación contenida en esta disposición transitoria conduce a

concluir que la referencia a 'las demás competencias de planeamiento' (que puede aludir al planeamiento de desarrollo del planeamiento general) no incluye las relativas a la modificación del Plan General Metropolitano, objeto de la regulación marcadamente específica contenida en el apartado 3 de esa disposición transitoria primera.

"Por lo expuesto, puede entenderse que la competencia de iniciativa de la Comisión de Urbanismo de Barcelona para la modificación del Plan General Metropolitano en estos casos, dado que no había sido atribuida expresamente al municipio ni a la comarca, encuentra apoyo en la cláusula de atribución residual de competencias a la Administración de la Generalitat contenida en la citada disposición adicional primera, apartado 1, de la misma Ley 7/1987; y que la disposición transitoria octava del Decreto legislativo 1/1990 'aclaró', en este punto, lo que no estaba con toda claridad establecido en la disposición transitoria primera de la Ley 7/1987, pero sí podía deducirse del conjunto de la regulación de ese texto legal.

"En consecuencia, debe declararse que el inciso primero del precepto cuestionado, al atribuir la mencionada competencia de iniciativa a la Comisión de Urbanismo de Barcelona, no excede de los límites de la delegación legislativa concedida por la Ley catalana 12/1990, de 5 de julio, por la que se autoriza la refundición de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística. Ningún motivo existe para entender que dicha competencia debiera atribuirse necesariamente a la provincia, como de forma incidental se insinúa en los autos de planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad. Esta organización jurídico-pública no aparece siquiera mencionada de forma expresa en la regulación de las disposiciones adicional primera ni transitoria primera de la Ley 7/1987; y las bases estatales reguladoras del régimen local no obligan a atribuir a la provincia competencias en materia de planificación urbanística (artículo 36 de la Ley reguladora de las bases del régimen local), como, sin embargo, sí sucede, por ejemplo, con los municipios [artículo 25.1.d) de la LBRL]."

Las consideraciones precedentes llevan al Tribunal a declarar la inconstitucionalidad y la nulidad, en consecuencia, del adverbio "también" al añadir a la competencia municipal de iniciativa la de la Comisión de Urbanismo de Barcelona cuando la modificación del Plan afectara a elementos con una incidencia territorial a un término municipal y el Tribunal, en relación con la declaración de inconstitucionalidad del adverbio "también", declara lo siguiente: "Procede declarar que con respecto a las modificaciones del Plan General Metropolitano que procedan del ejercicio de la competencia de iniciativa autonómica atribuida con exceso en el ejercicio de la delegación legislativa y de forma contraria a la autonomía municipal y que hayan sido apro-

badas definitivamente antes de la publicación de esta sentencia en el *Boletín Oficial del Estado*, la declaración de nulidad sólo tendrá efectos, en su caso, si contra ella se hubiere formulado una impugnación directa o indirecta que esté pendiente de resolución en la citada fecha y en la que se haya hecho valer el defecto de la incompetencia de la Administración autonómica y también reconoce la sentencia que tendrá efectos la declaración de nulidad, en su caso, si contra los acuerdos de aprobación definitiva de dichas modificaciones todavía pudiera interponerse un recurso directo en la mencionada fecha."

7. La autonomía local en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

Un análisis de la jurisprudencia de dicha sala puede concretarse en los siguientes puntos:

a) En el caso de la STS de 26 de abril de 2004 (recurso de casación 1556/2000), el objeto del recurso de casación es la pretensión de anulación de la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 3 de diciembre de 1999, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Sopuerta contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Vizcaya de 15 de octubre de 1996, por el que se ratifican los límites jurisdiccionales entre los municipios de Zalla y Sopuerta en el punto del barrio de Abellaneda ante la inobservancia de los trámites esenciales previstos para el procedimiento de deslinde en la Norma foral 8/1993, de 7 de julio, de términos municipales de Bizkaia.

La sala de instancia procede a realizar el juicio de legalidad de la resolución de la Diputación Foral de Bizkaia de 15 de octubre de 1996 en base a la aplicación del artículo 18 de la Norma foral 8/1993, de 7 de julio, de términos municipales de Bizkaia, que se inserta en la regulación procedimental establecida en la sección segunda del capítulo II "Deslinde de términos municipales", norma dictada en el marco del régimen constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas sobre régimen local establecido en el artículo 148.1.2, 149.1.18 y la disposición adicional primera de la Constitución, y de conformidad con los artículos 10.1 y 37 del Estatuto de autonomía del País Vasco, aprobado por la Ley orgánica 3/1979, de 17 de diciembre, que se integra en el bloque de constitucionalidad, por lo que se aprecia que la sentencia no invoca ningún precepto que se engarce en el Derecho estatal o comunitario europeo que autorice a esta sala del Tribunal Supremo a proceder a conocer del recurso de casación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Ley jurisdiccional.

La invocación de una norma adjetiva procedimental perteneciente al ordenamiento jurídico estatal –artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común–, para fundamentar el primer motivo del recuso de casación no permite sustraer la competencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco para conocer en última instancia de los recursos contencioso-administrativos que tengan por objeto la impugnación de actos de las entidades locales o de la comunidad autónoma, mención en que se integran los órganos forales, según refiere la disposición adicional primera de la Ley jurisdiccional, que se fundan en la aplicación del Derecho propio de la comunidad autónoma de conformidad con el artículo 74 de la Ley orgánica del Poder Judicial, el artículo 34 del Estatuto de autonomía del País Vasco, y el artículo 86 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que tiene encomendada en monopolio la creación de doctrina legal en interpretación del ordenamiento jurídico estatal, de conformidad con los artículos 123 y 151 de la Constitución, no puede conocer de recursos de casación que tengan por objeto la impugnación de sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que apliquen e interpreten normas forales que se integran en el sistema de fuentes del derecho de la comunidad autónoma en las que la infracción invocada de las normas de Derecho estatal o del Derecho comunitario europeo no ha sido relevante ni determinante, como acontece en este supuesto, del fallo recurrido, según se desprende del artículo 86.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como es doctrina de esta sala expresada en el Auto de 17 de diciembre de 2001 (RC 6966/1999), con referencia a la fundamentación jurídica vertida en las sentencias de 26 de julio y 29 de septiembre de 2001, recaídas en los recursos de casación números 8858/1996 y 9415/1996 “el ejercicio por una comunidad autónoma de sus potestades legislativas en materias sobre las que le han sido transferidas las correspondientes competencias determina que el derecho resultante haya de imputarse a esa comunidad, sin que pierda esa naturaleza porque el contenido material de algún precepto coincida con el Derecho estatal”, resultando, consecuentemente, superflua la invocación del artículo 19 del Reglamento estatal de población de demarcación territorial de las entidades locales.

b) En la STS de 26 de abril de 2004 (recurso de casación 1568/1999), el Ayuntamiento de La Roca del Vallès impugna mediante el recurso de casación la Sentencia número 13, de 14 de enero de 1999, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-

Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En su fallo estimó el recurso que determinados concejales de esa corporación habían interpuesto por el procedimiento previsto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, contra la negativa del alcalde a convocar el Pleno extraordinario en que debía debatirse la moción de censura que habían presentado.

La sala consideró que ese proceder incurría en vulneración del derecho fundamental de los recurrentes a la participación política reconocido en el artículo 23 de la Constitución pues restringía su derecho en cuanto concejales a debatir y votar las mociones de censura destinadas a exigir la responsabilidad política del alcalde. Por eso, declaró nula de pleno derecho tal negativa, adoptada por silencio, señalando, además, que era indiferente la intencionalidad política que animara a quienes habían presentado la moción o las consideraciones éticas que pueda merecer el transfuguismo político. Y añadió que el alcalde, conforme a la legislación aplicable, carecía de facultades para examinar su validez y calificarla de arbitraria, incurso en desviación de poder o para cuestionar la idoneidad del candidato a la Alcaldía incluido en la moción de censura. Por el contrario, las únicas razones que pueden fundar la denegación de la convocatoria del Pleno extraordinario que ha de debatirla, según el artículo 107 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por el Real decreto 2568/1986, son las señaladas de modo tasado en el artículo 197 de la Ley orgánica del régimen electoral general (LOREG): suscripción por la tercera parte de los concejales, inclusión del nombre del candidato propuesto para alcalde e interdicción a los concejales de reiterar la moción de censura durante su mandato.

Por todo ello, estimó el recurso, declaró nula de pleno derecho la resolución adoptada por silencio del alcalde, ordenó la convocatoria del Pleno extraordinario para debatir la moción de censura e impuso las costas al Ayuntamiento.

El recurso de casación es desestimado. A ese resultado conduce la desestimación de todos los motivos que lo forman:

a) El primero porque, tal como señalan el escrito de oposición y el informe del Ministerio Fiscal, la prueba era irrelevante a los efectos de la cuestión que había que resolver. Por eso, la motivación ofrecida por la sala de instancia al denegar el recibimiento a prueba es plenamente satisfactoria y es indiferente cuáles sean los móviles que han animado a cada uno de los concejales proponentes de la moción a firmarla. Una vez propuesta con los requisitos establecidos en el artículo 197 de la LOREG el alcalde estaba obligado a convocar el Pleno correspondiente. Por tanto, acreditado desde el primer momento el cumplimiento de estos requisitos, no era necesaria ninguna comprobación más.

b) Respecto de los demás motivos, el tercero, cuarto y quinto estaban defectuosamente interpuestos.

El último no menciona a cuál de los apartados del artículo 88.1 de la Ley de la jurisdicción se acoge. El tercero y el cuarto porque invocan su apartado c) cuando, por su contenido, el procedente es el d). En cualquier caso, la tesis de fondo que se defiende en los cuatro es el rechazo a lo que se ha venido en llamar transfuguismo político aquí producido porque en la moción de censura habrían coincido un concejal de Iniciativa per Catalunya-Els Verds (hasta entonces miembro del equipo de gobierno municipal presidido por un alcalde del Partit dels Socialistes de Catalunya y formado, además de por ese partido y por el concejal de aquella formación política, por independientes) con otros dos que se dieron de baja en el grupo de Convergència i Unió y cuatro concejales independientes.

En este caso, se reconoce en la sentencia que tales iniciativas no han alterado el régimen de la moción de censura que, en el ámbito local, es el establecido por la LOREG: artículo 197, que en la redacción vigente en el momento de los hechos, se limitaba a exigir para su correcta presentación los siguientes requisitos: 1) que sea propuesta, al menos, por una tercera parte de los candidatos; 2) que incluya un candidato a la Alcaldía, pudiendo serlo cualquiera de los concejales; 3) que no se incumpla la regla según la cual cada concejal solamente puede suscribir una moción de censura durante su mandato. Observándose estas exigencias, que ninguna referencia hacen a la motivación de la moción, ni a las causas de abstención o recusación de los proponentes, ni a la idoneidad del candidato alternativo, como tampoco la hace el artículo 113 de la Constitución, y, ciertamente se observaban en este caso, el alcalde estaba obligado a convocar el Pleno que había de debatirla. Por eso, al negarse a ello infringió el derecho fundamental de los concejales recurrentes en la instancia a ejercer sus cargos públicos representativos, como estableció la sentencia de instancia.

Es constante la jurisprudencia de esta sala sobre la obligación de los alcaldes de convocar Pleno extraordinario para debatir y votar las mociones de censura que contra ellos se presenten y cumplan los requisitos legalmente establecidos (sentencias, entre otras, de 12 de septiembre de 2002 y 15 de mayo de 2003).

En todo caso, las modificaciones introducidas en el artículo 197 de la LOREG por la Ley orgánica 8/1999, de 21 de abril, imponen la convocatoria automática del Pleno municipal que ha de debatir y votar la moción de censura presentada con todos los requisitos legales, precisando que no son aplicables en este procedimiento las causas de abstención y recusación y obligando al alcalde a no obstaculizar la asistencia de los miembros de la corporación a la sesión plenaria en que se vote la moción de censura.

c) En un recurso de casación resuelto por la STS de 26 de abril de 2004 (recurso de casación 6975/1999), la representación procesal del Ayuntamiento de San Sebastián formula un único motivo al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa “por cuanto la sentencia recurrida infringe los artículos 9.1 y 103. 1 de la Constitución, en relación con el artículo 26.d) y disposición adicional segunda.6, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, artículos 1.2, 146 –en relación con la Norma foral 17/1990, de 26 de diciembre– y disposiciones adicionales decimoquinta y decimoctava de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, y artículo 45 de la Ley 12/1981, de 13 de mayo, por la que se aprueba el Texto del Concierto Económico entre el Estado y el País Vasco, según redacción dada por la Ley 2/1990, de 8 de junio”.

El tema afectaba a una subvención al servicio de transporte independiente de la “Participación de los Municipios en los Tributos del Estado”, de manera que la Diputación Foral de Guipúzcoa estaba obligada a abonar dicha subvención específica al margen y con independencia de la cantidad que se le ha entregado con cargo al Fondo Foral de Cooperación con los Municipios.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su sentencia de la Sección Segunda de fecha 19 de diciembre de 2003 (recurso de casación 7961/1998), no comparte este único motivo casacional por los siguientes criterios:

1º) La tesis consistente en pretender que la disposición adicional decimoquinta de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de haciendas locales, que establece la obligación de incluir en los Presupuestos Generales del Estado de cada año un crédito en favor de aquellas entidades locales que, cualquiera que sea la forma de gestión, tengan a su cargo el servicio de transporte colectivo urbano de viajeros, es aplicable a los ayuntamientos vascos, es errónea porque no tiene en cuenta, precisamente el régimen económico-financiero foral propio de dichos ayuntamientos, como claramente dispone la disposición adicional decimoctava de dicha Ley, que excluye de la subvención prevista en la disposición adicional decimoquinta, a “los territorios históricos del País Vasco que continuaran conservando su régimen especial en materia municipal en lo que afecta al régimen económico-financiero, en los términos de la Ley del Concierto Económico, sin que ello pueda significar un nivel de autonomía de las corporaciones locales vascas inferior al que tengan las demás corporaciones locales [...]”.

2º) Los términos del régimen foral, en materia local, aparecen delimitados en la disposición adicional segunda de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, especialmente los apartados 2 y 3.

3º) La Norma foral 15/1994, de 23 de noviembre, reguladora del Fondo Fiscal de Financiación Municipal y la

aprobación de los Presupuestos de los ejercicios 1994, 1995 y 1997 recogen las correspondientes dotaciones globales al Fondo Fiscal de Financiación Municipal, a los municipios respectivos, sin que exista precepto alguno que obligue a reconocer y distinguir de modo independiente la subvención al servicio municipal de transporte urbano de viajeros.

4º) El Concierto Económico, aprobado por la Ley 12/1981, de 13 de mayo, que renovó el Concierto Económico con Álava, aprobado por el Decreto 2948/1976, de 26 de noviembre, y restableció los conciertos económicos con Guipúzcoa y Vizcaya, suprimidos en 1938, significó que la casi totalidad de los impuestos gestionados y recaudados por el Estado, pasaran como "impuestos concertados" a los territorios históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, por tanto, estos asumieron la obligación de reconocer y regular las participaciones sobre dichos "impuestos concertados".

d) En la STS de 19 de mayo de 2004 (recurso de casación 6377/2000), la cuestión a resolver en el recurso de casación, sobre la que versó el debate procesal ante el Tribunal Superior de Justicia, se refiere a la conformidad a derecho de una ordenanza local. En el *Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra* de 14 de febrero de 1997 se publicó el acuerdo del Pleno de un ayuntamiento de 20 de diciembre de 1996, por el que se aprobaba la Ordenanza municipal reguladora de la actividad de acampada.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia desestimó el recurso interpuesto.

En el único motivo de casación se mencionan separadamente la supuesta contravención del ordenamiento jurídico y la infracción de la jurisprudencia. Por lo que se refiere a la vulneración del ordenamiento jurídico se citan los mismos preceptos invocados ante el Tribunal Superior de Justicia, refiriéndose la alegación al artículo 33.2 de la Constitución, aunque se añaden a la cita los artículos 9.3 y 53.1 del mismo texto constitucional.

La alegación consiste en que la Ordenanza vulnera el principio de jerarquía normativa, pues regula el uso de la propiedad privada sin cobertura legal suficiente. En cuanto a esta vulneración de la jerarquía normativa la parte recurrente se basa en el Decreto autonómico antes citado 236/1985, de 24 de octubre, el cual no regula la acampada en terrenos de propiedad privada y además, siempre según la entidad asociativa actora, es de dudosa legalidad. Por consiguiente las restricciones al derecho de propiedad privada previstas en la Ordenanza no se han establecido con fundamento legal suficiente.

Entiende esta sala que, aunque es cierto que el artículo 2, inciso final, de la Ordenanza exige licencia incluso si se acampa en terrenos de propiedad privada con consentimiento del propietario, la citada exigencia es conforme a derecho y esta es precisamente la razón de

decidir de la sentencia recurrida. Al pronunciarse en este sentido la sentencia desde luego no incurre en contravención ninguna del ordenamiento jurídico.

En cuanto a la también alegada vulneración de la jurisprudencia se citan diversas sentencias de este Tribunal Supremo que se pronuncian sobre la jerarquía normativa y el contenido del derecho dominical. Pero estas resoluciones judiciales solo hacen declaraciones de carácter general, y no son pertinentes al efecto de que su doctrina se considere vulnerada en el caso de autos.

En consecuencia, al no estar justificado el reproche procesal de infracción por la Sentencia recurrida del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, procede no acoger el único motivo de casación invocado y por ello desestimar el recurso.

8. Reflexión final

A la vista del análisis sintético de algunos criterios importantes de la autonomía local en la jurisprudencia constitucional, vemos cómo las pautas interpretativas del Tribunal Constitucional a lo largo de estos veinticinco años han ido posibilitando criterios prácticos de aplicación

En el análisis de esta jurisprudencia constitucional, el fallo no sólo es el determinante de la sentencia y lo relevante también se encuentra en la doctrina que posibilita la formalización de una serie de notas que permiten una reflexión sobre el alcance y contenido de la autonomía local y que hemos ido sintetizando en páginas precedentes.

El análisis de la Constitución española, en lo concerniente al régimen local y con especial incidencia en los artículos 137, 140, 141, 142, 149.1.18, 152.3, permite constatar que el poder público en España se desarrolla entre el Estado y las comunidades autónomas y por otra parte, no es desdeñable el decisivo papel de los entes locales, que dan un cierto estatus constitucional propio, por lo que son inherentes al desarrollo de los entes locales los principios de autonomía y de descentralización, que ha de ser llevado a sus últimas consecuencias a favor de los entes locales y de los municipios.

De esta forma, el modelo se inserta entre el típico de la República alemana, reconociendo una cierta interiorización de los entes locales dentro de su estatus constitucional propio y entre los dos polos correspondientes al Estado y las comunidades autónomas y el modelo diseñado en Francia, desde el fenómeno descentralizador de 1982, en el que las regiones no pueden ejercer tutela ni control sobre los municipios.

Dentro de esos límites, es evidente que nuestra Constitución comprende esos dos modelos y del desarrollo constitucional y especialmente, de la aplicación jurisprudencial, puede decirse que dichas soluciones se

amoldan en cada circunstancia concreta a los valores y principios constitucionales, que son prevalentes.

Así, el análisis de la jurisprudencia constitucional en materia de autonomía local fortalece este concepto, dentro del marco constitucional (sin olvidar la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España en el Instrumento de 20 de enero de 1988 –BOE de 24 de febrero de 1989–) y legal, que fijan las competencias básicas de los entes locales y que hemos visto delimitada en la jurisprudencia (por todas, las STC de 28 de julio de 1981, 117/1984 de 5 de diciembre, 213/1988 de 11 de noviembre, 214/1989 de 21 de diciembre, 11/1999 de 11 de febrero y 51/2004 de 13 de abril).

De todo este conjunto normativo y jurisprudencial extraemos, a modo de conclusión, el núcleo básico de la autonomía local, residenciado en las siguientes notas características, a modo de principios generales:

a) La doctrina constitucional, según la cual, “la garantía constitucional (de la autonomía local) es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado”, correspondiendo al Estado “la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia” de las entidades locales constitucionalmente necesarias.

b) “Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y de las comunidades autónomas reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los municipios, provincias y las islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos.”

c) Corresponde al legislador estatal la fijación de los principios básicos en orden a las competencias que deba reconocerse a las entidades locales, estableciendo, y garantizando, al fin, “su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses” y fijando al respecto unas directrices para llevar a cabo la asignación de tales competencias, directrices que se concretan en atender, en cada caso, a las características de la actividad pública y a la capacidad de gestión de la entidad local, de acuerdo con los principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa de los ciudadanos.

d) Ahora bien, delimitada así la existencia de orden competencial vinculada a la garantía constitucional de la autonomía de las entidades locales, la concreción última de las competencias locales queda remitida –y no podía ser de otra manera– a la correspondiente legisla-

ción sectorial, ya sea estatal o autonómica, según el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas.

Bibliografía

“Doctrina Constitucional sobre Régimen Local: la STC 214/1989”, *Temas de Administración Local INAP-CEMCI*, Granada, 1990.

Cuadernos de Derecho Local (núms. 1 a 6), Fundación Democracia y Gobierno Local.

GONZÁLEZ RIVAS, J. J., *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, Thompson-Civitas, Madrid, 2005. ■

La vivienda protegida en Euskadi: ¿un modelo a contracorriente?

Javier Burón Cuadrado
*Director de Planificación y Gestión Financiera
del Departamento de Vivienda y Asuntos
Sociales del Gobierno Vasco*

1. Reflexiones previas sobre la normativa vigente en la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de vivienda de protección oficial.
2. Descripción del marco normativo vasco.
 - 2.1. ¿Qué es una VPO? 2.2. ¿Qué clases de VPO existen en la Comunidad Autónoma del País Vasco? 2.3. ¿Quién puede ser beneficiario de VPO? 2.4. ¿En base a qué títulos se adquieren las VPO en Euskadi? 2.5. ¿Cómo se adjudican las VPO promovidas por el Gobierno Vasco? 2.6. ¿Cómo se adjudican las VPO municipales en Euskadi? 2.7. ¿Cómo se adjudican las VPO privadas en Euskadi? 2.8. ¿Cómo se adjudican las VPO promovidas por cooperativas en Euskadi? 2.9. Sistema integral de adjudicación de toda la VPO vasca. 2.10. La lucha contra el fraude en materia de VPO.
3. Conclusiones.
 - 3.1. Perspectiva constitucional: centralidad del derecho de la ciudadanía a acceder a una vivienda digna. 3.2. Perspectiva orgánica: servicio público, policía administrativa, fomento y políticas públicas. 3.3. Perspectiva jurídico-administrativa. 3.4. Perspectiva política: el Estado social.

1. Reflexiones previas sobre la normativa vigente en la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de vivienda de protección oficial

El siguiente trabajo no pretende agotar el análisis de toda la normativa sobre vivienda de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Su objetivo es describir, de forma somera, las normas fundamentales que regulan las VPO en Euskadi con el único propósito de caracterizar un modelo, en cierta manera, construido a contracorriente.¹ Aunque, no lo ocultaré, la intención de este trabajo es precisamente justificar que el actual modelo vasco de vivienda protegida no es sino una ortodoxa traslación de los mandatos constitucionales dirigidos hacia el legislador autonómico.

En primer lugar, es necesario hacer un inventario de los preceptos constitucionales de los que bebe la normativa vasca de vivienda. Sin ánimo de ser exhaustivo, es necesario citar las siguientes fuentes constitucionales:

–Artículo 1.1: consideración del Estado español como un Estado social y democrático de derecho, recalando lo de social (aunque como nos enseñó el maestro Elías Díaz ninguno de los adjetivos del artículo 1.1 puede entenderse sin los otros y, por lo tanto, todos ellos son insolubles).

–Artículo 9.2: conjunto de misiones de los poderes públicos para lograr la libertad e igualdad efectivas y no meramente formales (este precepto del título preliminar es, sin duda, la espina dorsal de toda actuación pública en cualquier campo en el que se den concomitancias entre el mercado –rentabilidad económica– y el Estado –rentabilidad social–).

–Artículo 47: el acceso de los ciudadanos y ciudadanas a una vivienda digna (y la consiguiente obligación de los poderes públicos de actuar para dar contenido material a este mandato), como no puede ser de otra forma, es la piedra angular sobre la que construir el edificio de la acción pública en materia de vivienda; este derecho ciudadano se configura en el verdadero motor de la normativa vasca en materia de vivienda y su fin último.²

–Artículos 33.1 y 38: no podemos desconocer la protección constitucional a la propiedad (en materia de vivienda especialmente importante en lo relativo al suelo) y a la libertad de empresa, pero a diferencia de lo que hacen otras normativas de vivienda del Estado español, la normativa vasca opta claramente por la centrali-

dad del artículo 47 y la lectura del derecho a la vivienda en conjunción con otros preceptos constitucionales, algunos de los cuales cito a continuación.

–Artículo 45: derecho al medio ambiente (por obvio, me ahorro cualquier comentario sobre la evidente imbricación entre vivienda, urbanismo y medio ambiente).

–Artículo 40: obligación de los poderes públicos de procurar una redistribución de la renta personal más equitativa (este precepto suele ser rara vez citado en materia de vivienda, pero es sin duda un faro del que emana una poderosa luz constitucional para guiar a los gestores públicos en la elección de quiénes deben ser los destinatarios preferentes de las prestaciones, bienes y servicios públicos en materia de vivienda).

–Artículo 48: obligación de los poderes públicos de coadyuvar al desarrollo político, social, económico y cultural de los jóvenes (colectivo de especial riesgo en materia de vivienda en la actual coyuntura social y económica).

–Artículo 49: integración de las personas con discapacidades físicas (la mención constitucional tiene especial sentido en el caso de un bien, como la vivienda, que en función de sus características físicas va a permitir o impedir la plenitud de la ciudadanía de este colectivo).

–Artículo 50: bienestar de las personas de la tercera edad (con especial atención a sus necesidades específicas de vivienda citadas expresamente por la Carta Magna).

–Artículo 39: protección a las familias (obviamente a los distintos tipos de familias hoy existentes y reconocidos legalmente, todos ellos necesitados de tutela pública).

–Artículo 51: defensa de los derechos de los consumidores y usuarios (precepto en el que se puede subsumir con facilidad toda la lucha contra el fraude y la defensa de la dignidad de la vivienda protegida; garantizar desde las administraciones públicas el régimen de la VPO, tan frecuentemente violado, es, sin duda, defender a los consumidores y usuarios).

–Artículos 43, 44, 35 y 27: derecho a la salud, cultura, trabajo y educación (aunque no suele ser habitual hablar de vivienda protegida y este conjunto de derechos, es claro que el disfrute efectivo de los mismos se ve claramente condicionado por el acceso fácil o difícil a una vivienda digna y adecuada, pues no todas las localizaciones físicas producen la misma relación con los servicios públicos y los mercados privados de salud, cultura, trabajo y educación).

1. Sobre el rumbo actual de los modelos jurídicos de las comunidades autónomas en materia de vivienda, Juli PONCE SOLÉ, *Algunas reflexiones sobre la competencia en materia de vivienda y las tendencias actuales en su ejercicio*, Informe Comunidades Autónomas 2004, Instituto de Derecho Público, Barcelona 2005. Sobre la evolución de la política de vivienda en España existe abundante bibliografía. Entre otros, se puede consultar: José Luis VILLAR EZCURRA, *La protección pública a la vivienda*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1981; Ricard GOMÀ, "Las políticas de viviendas en las comunidades autónomas", dentro del volumen *Estado de bienestar y comunidades autónomas*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003; Pilar GARRIDO, "El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada", en *Los principios rectores de la política social y*

económica, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.

2. La bibliografía sobre este precepto es amplia. Entre otros se puede consultar: Martín BASSOLS COMA, "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978", RDU, Madrid, 1983; Miguel BELTRÁN DE FELIPE, *Intervención administrativa en la vivienda*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000; José MUÑOZ CASTILLO, *El derecho a una vivienda digna y adecuada*; Editorial Colex, Madrid, 2000; Antonio JIMÉNEZ BLANCO, "El derecho a una vivienda digna y adecuada" en *Comentarios a la Constitución social y económica de España*, Editorial Comares, Granada, 2002; Gerardo PISARELLO, *Vivienda para todos, un derecho en (de)construcción*, Editorial Icaria, Barcelona, 2003.

–Artículos 20 a 23: derechos de reunión, asociación, expresión y participación en los asuntos públicos (aunque pueda parecer que los derechos civiles y políticos no se ven afectados en absoluto por el artículo 47, es claro que sólo las personas con acceso al ágora –virtual, pero también física, pues telepolis no puede sustituir completamente a la polis tradicional–³ pueden disfrutar de estos derechos plenamente y en el caso de ser expulsado de los tejidos urbanos bien dotados de servicios públicos y privados el disfrute del estatus de ciudadanía puede devenir nominal; por ello, la acción de los poderes públicos debe procurar a las personas no atendidas por el mercado una vivienda digna y adecuada también para el disfrute de estos derechos).

–Artículo 19: derecho a la libre elección de residencia (este derecho sólo será total y absoluto para aquellas personas con renta suficiente como para adquirir una vivienda libre digna y adecuada en el mercado y es misión de las administraciones públicas lograr que todos los ciudadanos puedan disfrutar del mismo, con independencia de su renta personal disponible).

Este es el marco teleológico de la normativa vasca en materia de vivienda protegida. Como se ve, partimos de un planteamiento claro de Estado social que apuesta por la vivienda como un agregado de bienes que permite el disfrute de todos los derechos civiles, políticos, económicos y sociales. Como se puede comprobar, para nosotros la vivienda es, o queremos que sea, mucho más que, en expresión de Le Corbusier, una “máquina de habitar”. La vivienda es un presupuesto material y físico del disfrute de la ciudadanía plena. Muchos ciudadanos pueden conseguir ese *prius* en el mercado sin problemas. Pero otros muchos (jóvenes, colectivos de rentas bajas, mayores, discapacitados, etc.) no son considerados por el mercado (en expresión de Gambaro,⁴ el mercado no procesa necesidades –sociales–, sólo demandas –económicas solventes–) y deben ser atendidos por las administraciones públicas. La ciudadanía plena no puede depender de la renta disponible, al menos en un Estado social y democrático de derecho.

Finalmente, dejo apuntada una reflexión, que recuperaremos al final de este trabajo, sobre la dicotomía entre Derecho constitucional y Derecho administrativo. En el caso que nos ocupa, el derecho ciudadano a la vivienda, se produce un fenómeno de interdependencia, pues el mandato constitucional a los poderes públicos de tutela del derecho de la ciudadanía a una vivienda digna no se podrá cumplir sin acción y Derecho administrativo.

Por lo tanto, aunque el Derecho administrativo pueda parecer un “pariente pobre” del Derecho constitucional, pues este último trata de disciplinar el poder real al criterio democrático de la ciudadanía y el primero parece limitarse a organizar un cuerpo (la Administración) al servicio de unos fines (el interés general), en el caso de la vivienda el Derecho administrativo tiene un papel muy superior al previsto por la teoría clásica. En este sentido debemos recordar las palabras del maestro que no hace mucho que nos abandonó, Norberto Bobbio, cuando se refería al Derecho administrativo como la rama del Derecho con verdadera capacidad de transformación, en el contexto de una sociedad organizacional, como es la nuestra.

Sea como fuere, todos admitiremos que es imposible estudiar un derecho ciudadano (especialmente si este es social y/o económico) sin considerar la perspectiva constitucional, el Derecho administrativo y, cómo no, las políticas públicas en las que se concretan tanto lo constitucional como lo administrativo.

2. Descripción del marco normativo vasco

Pues bien, “bajando” de lo constitucional a lo administrativo se impone describir las apuestas fundamentales de la normativa vasca de vivienda que pivota, como otras muchas, en torno a la categoría de la VPO.

2.1. ¿Qué es una VPO?

La definición de la VPO la podemos encontrar en las siguientes normas:

–Decreto 315/2002, de 30 de diciembre, sobre régimen de VPO y medidas financieras en materia de vivienda y suelo,⁵ y Decreto 290/2003, de 25 de noviembre, por el que se modifica el Decreto sobre régimen de VPO y medidas financieras en materia de vivienda y suelo.⁶

–Orden de 25 de agosto de 2003, del consejero del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, sobre determinación de precios máximos de VPO⁷ (modificada por la Orden de 1 de agosto de 2004).

–Orden de 30 de diciembre de 2002, del consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, por la que se aprueban las ordenanzas de diseño de VPO.⁸

–Orden de 30 de diciembre de 2002, del consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, sobre circunstancias de necesidad de vivienda.⁹

–Orden de 14 de junio de 2002, del consejero de

3. Javier ETXEBARRIA, *Telepolis*, Ensayos/Destino, 17, Barcelona, 1994.

4. A. GAMBARO, *Proprietà privata e disciplina urbanistica*, Zanichelli, Bologna, 1977. Los adjetivos (“sociales” y “económicas solventes”) son míos.

5. BOPV núm. 249 de 31/12/2002.

6. BOPV núm. 239 de 5/12/2003.

7. BOPV núm. 167 de 28/8/2003.

8. BOPV núm. 249 de 31/12/2002.

9. BOPV núm. 249 de 31/12/2002 y la Orden de 16 de diciembre de 2003, del consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, por la que se modifica la Orden de 30 de diciembre de 2002 sobre circunstancias de necesidad de vivienda (BOPV núm. 13 de 21/1/2004).

Vivienda y Asuntos Sociales, sobre procedimiento de adjudicación de VPO (del Gobierno Vasco).¹⁰

–Orden de 18 de agosto de 2003, del consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, sobre procedimiento de adjudicación de VPO a que se refiere el artículo 12 del Decreto 315/2002 (promociones privadas).¹¹

–Orden de 26 de febrero de 2004, del consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, sobre procedimiento de adjudicación de VPO a que se refiere el artículo 11.4 del Decreto 315/2002 (promociones municipales).¹²

–Ley 7/1988, de 15 de abril, de derecho preferente de adquisición en las transmisiones de VPO a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y su norma de desarrollo el Decreto 103/1997.

En virtud del corpus normativo anterior, tiene la consideración de VPO aquella vivienda que se ajusta a las características técnicas y económicas previstas en el Decreto 315/2002, y en sus normas de desarrollo. Es decir, aquella que ha sido promovida bajo un régimen legal que significa, en primer lugar, que ha sido calificada como tal por la Administración, siendo esas características técnicas y económicas las siguientes:

–Deben tener determinadas superficies.¹³

–Su precio está determinado legalmente.¹⁴

–Se someten a unas determinadas normas de uso:

a) No podrán estar vacías, es decir, deberán ser residencia habitual y permanente de sus titulares.

b) Las VPO que hayan sido adjudicadas en propiedad

o en derecho de superficie no podrán ser cedidas en arrendamiento ni en precario, salvo autorización expresa en este sentido por parte del delegado territorial.

c) Si la adjudicación ha tenido lugar en arrendamiento, el uso de la misma no podrá ser cedido por ningún título.

–Los canales de acceso a su disfrute no son los propios del mercado libre y están fuertemente intervenidos por las administraciones públicas.

–Desde el punto de vista jurídico, son unas viviendas radicalmente diferentes a las de mercado sometidas únicamente al Derecho privado.

Las calificaciones de VPO otorgadas con arreglo al Decreto 315 tienen carácter definitivo o permanente. Esta calificación permanente es una novedad no sólo en Euskadi, sino también en el conjunto del Estado. Las VPO son, o al menos así lo entendemos nosotros, un patrimonio inmobiliario construido con el dinero de los contribuyentes (han aportado más los que más tienen) y que deben tener como destino la satisfacción del derecho constitucional de acceso a una vivienda digna de los ciudadanos más necesitados de tutela pública (deben recibir más los que menos tienen). Como tal estas VPO, tanto las públicas como las privadas, están adscritas funcionalmente a la satisfacción de una necesidad social y con ellas ningún particular debe poder lucrarse y monetarizar una plusvalía de forma privada e individual. El patrimonio inmobiliario que constituyen las viviendas de protección oficial puede y debe rotar entre aquellos

10. BOPV núm. 122 de 28/6/2002 y Orden de 16 de diciembre de 2003 del consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, por la que se modifica la Orden de 14 de junio de 2002 sobre procedimiento de adjudicación de VPO (BOPV núm. 13 de 21/1/2004).

11. BOPV núm. 188 de 26/9/2003.

12. BOPV núm. 53 de 17/03/2004.

13. Su superficie útil máxima será de 90 m², que se podrá superar excepcionalmente, sin exceder de 120 m², en el 3% de las viviendas de cada promoción, o fracción en el caso de resultar un número inferior a una, las cuales deberán ser destinadas a unidades convivenciales de cinco o más miembros o familias numerosas. Sus trasteros tendrán como máximo una superficie de 13,50 m² y sus plazas de garaje 30 m² o 20 m², dependiendo de que su acceso sea o no individual.

14. Los precios máximos en primera, segunda y posteriores transmisiones se calcula multiplicando el m² útil de la vivienda o anejo por una cantidad a determinar mediante Orden del consejero en función del tipo de vivienda y de su ubicación en la comunidad autónoma. La Orden vigente sobre determinación de precios es de 25 de agosto de 2003 (modificada por Orden de 1 de agosto de 2004) que fija los siguientes precios.

1) Precios máximos de VPO de régimen general.

–Capitales de territorios históricos	1.262 euros/m ² útil
–Municipios incluidos en un anexo de la Orden	1.221 euros/m ² útil
–Resto de municipios	1.103 euros/m ² útil
–Anejos	441 euros/m ² útil

2) Precios máximos de viviendas sociales

– De promoción pública	580 euros/m ² útil
– De promoción privada	771 euros/m ² útil
– Anejos	351 euros/m ² útil

3) Respecto a las viviendas cuyo régimen de cesión sea el alquiler, los precios máximos de renta serán calculados fijando reglamentariamente un porcentaje de valor imputable en venta de la vivienda y anejo según el tipo de vivienda.

3.1) Esta renta máxima anual será revisada al final de cada año del con-

trato de arrendamiento aplicando al precio actualizado de la vivienda el porcentaje que corresponda en función de los ingresos de la persona arrendataria. El sistema anterior suponía la actualización de los alquileres en función del IPC y desvinculándolos de la evolución de los ingresos del inquilino.

3.2) Precios de los alquileres en vivienda de promoción pública (vivienda social en alquiler):

–De 3.000 euros o menos: 2% del valor imputable en venta de la vivienda y anejos.

–Por encima de 3.000 euros hasta 9.000 euros: 2,5% del valor imputable en venta de la vivienda y anejos.

–Por encima de 9.000 euros hasta 15.100 euros: 3% del valor imputable en venta de la vivienda y anejos.

3.3) Precios de los alquileres en vivienda de promoción privada (vivienda social o vivienda de protección oficial destinada al alquiler: concertadas, Visesa, convenios con ayuntamientos, convenios con cajas de ahorros, etc.).

–De 3.000 euros o menos: 2% del valor imputable en venta de la vivienda y anejos.

–Por encima de 3.000 euros hasta 9.000 euros: 2,5% del valor imputable en venta de la vivienda y anejos.

–Por encima de 9.000 euros hasta 15.100 euros: 3% del valor imputable en venta de la vivienda y anejos.

–Por encima de 15.100 euros hasta 21.100 euros: 5% del valor imputable en venta de la vivienda y anejos.

3.4) En el caso de superar los ingresos máximos permitidos para el alquiler protegido.

–Desde 15.100 euros hasta 21.100 euros: el 5% del valor imputable en venta de la vivienda y anejos.

–Por encima de 21.100 euros hasta 24.100 euros: el 8% del valor imputable en venta de la vivienda y anejos.

–Por encima de 24.100 euros hasta 27.100 euros: el 10% del valor imputable en venta de la vivienda y anejos.

–Por encima de 27.100 euros hasta 33.100 euros: el 12% del valor imputable en venta de la vivienda y anejos.

ciudadanos necesitados de vivienda, pero en ningún caso se debe producir un lucro privado en las operaciones de cambio de titular. Por todo lo anterior desde diciembre de 2002 todas las nuevas viviendas de protección oficial promovidas en Euskadi estarán calificadas como tal de por vida.

Llegados a este punto es importante que reflexionemos sobre que implica esta calificación permanente en el instituto de la propiedad privada.¹⁵ En principio cabe señalar que ningún tipo de propiedad, ni siquiera la propiedad privada pura, sigue el concepto romano de propiedad (*uti et abutendi*), pues toda la propiedad está, *ex constituione*, está delimitada por su función social (artículo 33.2 de la Constitución) y toda la riqueza, sea cual sea su titularidad, está subordinada al interés general (artículo 128.1 de la Constitución). De la misma manera cabría señalar que las viviendas de protección oficial no pueden asimilarse sin más a la categoría de dominio público. Ya sabemos lo que no son, pero debemos pasar a una definición positiva de lo que son.

Desde nuestro punto de vista, en el caso de las VPO calificadas de por vida en Euskadi estamos ante un ejemplo más de propiedad privada fuertemente intervenida por el Estado. Como en los casos del patrimonio histórico-artístico, la propiedad intelectual o la industrial, en el caso de la VPO vasca asistimos a una propiedad privada penetrada por una serie de limitaciones impuestas por razones de interés general. Las VPO construidas gracias al esfuerzo tributario de todos deben tener como destinatarios a la parte de la ciudadanía más necesitada de tutela pública. Por ello, el acceso a este tipo de propiedad está fuertemente intervenido por la Administración (como veremos a continuación), su uso está regulado y es inspeccionado para comprobar que es el correcto y las segundas y posteriores transmisiones están sometidas a un fuerte aparato de controles y garantías para evitar el fraude y procurar que los siguientes titulares sean personas también dignas de la tutela pública.

Estamos, pues, ante lo que el profesor Luciano Parejo llama una propiedad privada sometida a múltiples servidumbres públicas como consecuencia del interés general que está en juego en la materia. Estamos también ante

una propiedad privada en la que su función social es mucho más presente o explícita que en el resto de supuestos de propiedad privada. Por lo tanto, debemos concluir que estamos ante una propiedad privada *sui generis* de características técnicas y económicas tasadas normativamente y que, desde el punto de vista jurídico, tiene muy poco que ver con la vivienda libre.

2.2. ¿Qué clases de VPO existen en la Comunidad Autónoma del País Vasco?

Una vez caracterizada la VPO corresponde hacer inventario de los tipos que se dan de las mismas en Euskadi. El artículo 2 del Decreto 315/2002 clasifica estas viviendas en función de su precio máximo de venta y renta y de los sectores sociales a quienes se destinen, en: viviendas de protección oficial de régimen general y viviendas sociales o de régimen especial. Por su parte, el Decreto 315/2002 y el 290/2003 que lo modifica y las órdenes sobre procedimientos de adjudicación de los diversos tipos de VPO diferencian entre:

1) VPO públicas: la acometida por los entes públicos territoriales: Gobierno Vasco y ayuntamientos.

2) VPO privadas: la promovida por las demás personas físicas o jurídicas, incluidas las promociones concertadas.¹⁶

–Privadas puras: son aquellas que los titulares de suelo calificado para VPO deben promover *ex lege*.¹⁷

–Privadas conveniadas: son promociones técnicamente privadas pero que han recibido ayudas del Gobierno Vasco y sin las cuales no serían viables económicamente y por lo tanto no se llegarían a realizar. El caso más típico es el de las promociones realizadas por empresas privadas y cajas de ahorros con destino al alquiler que han sido fuertemente financiadas por el Gobierno Vasco.

–Concertadas-privadas: promociones privadas impulsadas por la Administración mediante la constitución a favor de un promotor de un derecho de superficie sobre suelo propiedad de la Administración o la concesión al promotor de los beneficios que se establezcan en la correspondiente convocatoria pública o convenio. Como regla general, la adjudicación de una promoción

15. Obviamente me estoy refiriendo al estatuto de la propiedad privada de los titulares de una VPO con posterioridad a la adjudicación de la misma por parte del promotor. Dejo de lado el impacto, evidente, de la configuración normativa de la VPO sobre el estatuto de la propiedad de los titulares privados de suelos que se ven obligados por ley y planeamiento a promover determinadas cantidades de este tipo de viviendas sobre sus suelos. Sobre este último asunto se puede consultar la abundante bibliografía de autores que han tratado con profusión este tema como Gerardo Roger Fernández, Luciano Parejo Alfonso, Ángel Menéndez Rexach, Marcos Vaquer Caballería o Josep Roca Caldera.

16. Es ciertamente difícil determinar la frontera entre las promociones públicas municipales y las promociones privadas en sentido estricto. En la mayor parte de los casos, los ayuntamientos no promueven y/o construyen ellos, sino que se le encargan (a través de diversos sistemas) a promotores

privados que son, de hecho, quienes solicitan y obtienen la calificación provisional en las delegaciones territoriales de Vivienda. Todo lo anterior dificulta sobremanera saber si una promoción es municipal o privada.

17. Como es bien conocido en la Comunidad Autónoma del País Vasco existe, desde 1994, *ex lege*, una reserva, en suelo urbanizable del 65% de las nuevas viviendas a construir, que es el 20% en el caso de las viviendas a construir en suelo urbano. Estas reservas para VPO son las mayores de las existentes en las quince comunidades autónomas que disponen de ellas. Sobre este tema es interesante la consulta de Juli PONCE SOLÉ, "Solidaridad, cohesión social y derecho público, a propósito de las reservas legales de vivienda protegida como instrumento de desarrollo urbanístico sostenible", II Seminario "Pensando lo local en el nuevo siglo", Fundació Carles Pi i Sunyer, 5 y 6 de febrero de 2004.

concertada se lleva a cabo por el procedimiento de licitación abierto y la forma de adjudicación de concurso (reguladas en los artículos 29 y siguientes del Decreto 315/2002).

–Concertadas con sociedades publicas: se realizan a través de convenios de colaboración o contratos-programa, sin seguir el procedimiento previsto en el artículo 31 del decreto 315 /2002 para las promociones concertadas privadas. En este régimen debemos encuadrar las promociones de la sociedad pública Visesa.

2.3. ¿Quién puede ser beneficiario de VPO?

Esta es, sin duda, uno de los temas claves en materia de Vivienda Protegida y también uno de los asuntos a los que mayor atención ha dedicado la normativa vasca sobre VPO.¹⁸

Antes de exponer los requisitos necesarios para ser beneficiario de una VPO en Euskadi es necesario explicar qué es el Servicio Vasco de Vivienda-Etxebide, es decir, el Registro de solicitantes de vivienda. En la Comunidad Autónoma Vasca existe un Registro de solicitantes de VPO donde deben inscribirse las personas interesadas en ser demandantes de este tipo de viviendas. Etxebide es el primer y más poderoso instrumento con que cuenta la Administración para conocer, cual es la demanda y las diferentes necesidades de vivienda que tiene parte de la sociedad vasca. Etxebide es un registro abierto de forma permanente y no está vinculado a promociones concretas, lo que significa que una vez dado de alta se tiene la posibilidad de entrar en todos los procedimientos de adjudicación de vivienda en los que se cumplan las condiciones establecidas en cada caso, sin más obligación que renovar esa inscripción cada cuatro años (y mantener informada a la Administración de los cambios que se produzcan en el expediente: domicilio de notificación, teléfono, domicilio de empadronamiento, etcétera).

La inscripción en Etxebide es el paso previo al acceso a una VPO, teniendo siempre presente que para acceder a una vivienda, sea en derecho de superficie, compra o arrendamiento, es necesario además cumplir los requisitos que exija la normativa general y cada promoción en concreto.

Para ser dado de alta en el Registro es necesario cumplir los siguientes requisitos:

–Residencia en cualquier municipio del País Vasco, que será acreditada mediante el correspondiente certificado de empadronamiento en el que conste la antigüedad.

–Carecer todos los miembros de la unidad conviven-

cial de vivienda en propiedad, nuda propiedad, derecho de superficie o usufructo.

–Acreditar unos ingresos entre el mínimo y máximo que exija la normativa (en estos momentos, entre 3.000 y 15.100 euros para el alquiler de vivienda social, entre 3.000 y 21.100 para el alquiler de vivienda de protección oficial y entre 9.000 y 33.100 euros para el derecho de superficie y la propiedad).

No debemos confundir los requisitos para ser dado de alta en Etxebide con los requisitos para ser adjudicatario de una VPO en derecho de superficie o alquiler. En parte son requisitos concurrentes (empadronamiento, carencia de vivienda y determinados ingresos), pero conceptualmente son cosas distintas. Para poder ser adjudicatario de vivienda de protección oficial es necesario cumplir los siguientes requisitos:

–Ser mayor de edad o estar emancipado.

–Residencia en cualquier municipio del País Vasco.

–Tener necesidad de vivienda. Fundamentalmente carecer todos los miembros de la unidad convivencial de vivienda en propiedad, nuda propiedad, derecho de superficie o usufructo durante los dos años inmediatamente anteriores a:

a) La fecha de publicación de la Orden del consejero que dé inicio al procedimiento de adjudicación de viviendas.

b) La fecha de calificación provisional, en el supuesto de promociones privadas

c) La fecha de presentación del visado en segundas y posteriores transmisiones.

–Acreditar unos ingresos entre el mínimo y máximo que exija la normativa.

–No haber sido adjudicatario de otra vivienda de protección oficial en los dos años anteriores, aunque los beneficiarios de vivienda en arrendamiento podrán ser posteriormente beneficiarios de vivienda en derecho de superficie.

Todos estos requisitos son de obligado cumplimiento, sólo se admiten algunas excepciones, reguladas por norma, a la carencia de vivienda. En este sentido, la Orden de 30 de diciembre de 2002, sobre circunstancias de necesidad de vivienda, considera necesitadas de vivienda a personas que aun siendo titulares de vivienda, se encuentren en las situaciones que a continuación se detallan:

–Vivienda sobre la que se haya declarado el estado ruinoso.

–Vivienda que esté incluida en una relación definitiva de bienes y derechos afectados por algún expediente ex propietario.

–Vivienda de superficie útil de 36 m² o menos, o que

18. Es necesario destacar el papel del artículo 15 y siguientes del Decreto 315/2002, las llamadas órdenes de procedimiento de adjudicación de VPO

gubernamental, privada, municipal y cooperativa y la Orden de circunstancias de necesidad de vivienda.

no reúna cualquier otra de las condiciones mínimas de habitabilidad.¹⁹

–Tras procedimiento de separación o divorcio.

a) Siempre que el solicitante carezca de otra vivienda habiéndose designado judicialmente la vivienda familiar existente como domicilio al otro cónyuge.

b) O en los casos de venta del antiguo domicilio conyugal, siempre que el líquido que perciba cada ex cónyuge no exceda los 72.000 euros.

–En el supuesto de herencia aceptada y liquidada, cuando exista cotitularidad de una o varias viviendas de la masa hereditaria, el heredero cotitular, siempre que cumpla los siguientes requisitos.

a) Ninguno de los porcentajes de cotitularidad podrá superar el 50%.

b) El valor de las participaciones en vivienda dentro de la masa hereditaria no podrá superar los 72.000 euros, según informe de tasación.

–Idéntico tratamiento se dará a los supuestos en los que dicha cotitularidad de una o varias viviendas proceda de donaciones de padres a hijos.

–Que exista entre los solicitantes algún miembro de la unidad convivencial que acredite la condición de discapacitado.²⁰

–Personas mayores de 70 años, o más, titulares de una vivienda que no reúna condiciones de accesibilidad, y mayores de 65 años que soliciten apartamentos tutelados.

–Unidades convivenciales de cinco o más miembros y las familias numerosas, cuando alguno de sus miembros tenga una vivienda con una superficie mayor de 36 m² e inferior a 72 m², cuando exista una ratio de menos de 12 m² útiles por persona.

Es necesario puntualizar que en el caso de discapacitados, mayores de 70 años, familias numerosas o unidades convivenciales con más de cinco miembros, para poder acceder a una VPO deben poner a disposición del Gobierno Vasco la vivienda libre de la que son titulares. Estas viviendas obtenidas como consecuencia de la puesta a disposición mencionada podrán ser calificadas como VPO mediante resolución del delegado territorial

y destinadas a demandantes inscritos en Etxebide. Si el acceso a la VPO es régimen de alquiler, el miembro de la unidad convivencial que sea titular de la vivienda tiene la obligación de ponerla a disposición de la Administración para que sea cedida en arrendamiento.

Finalmente, debemos reseñar que si no se debe confundir los requisitos para ser dado de alta en Etxebide con los requisitos para ser adjudicatario de VPO. Estos a su vez no deben confundirse con los requisitos necesarios para participar en un concreto procedimiento de adjudicación de VPO, de los que vamos a hablar a continuación.

2.4. ¿En base a qué títulos se adquieren las VPO en Euskadi?²¹

La adquisición de VPO podrá realizarse, de acuerdo con lo que establezca la convocatoria correspondiente, en alguno de los siguientes títulos:

–Propiedad o pleno dominio (sólo promociones municipales y privadas, dado que este es un régimen no utilizado por el Gobierno Vasco).

–Derecho de superficie (modalidad a la que el Gobierno Vasco destina el conjunto de sus promociones de vivienda de protección oficial de régimen general).

–Arrendamiento (al que el Gobierno Vasco destina todas sus promociones de vivienda social y parte de las viviendas de protección oficial de régimen general)

–Cualesquiera otros contemplados en la legislación civil.

2.5. ¿Cómo se adjudican las VPO promovidas por el Gobierno Vasco?

El sorteo es el principio general en materia de adjudicación de VPO. Frente a otros sistemas autonómicos que han optado por el baremo, en la Comunidad Autónoma del País Vasco hemos optado por un sistema, el de sorteo, que combinado con unos cupos de discriminación positiva o atención preferente, posibilitan la adjudicación transparente y social de toda la VPO, con independencia de quien sea el promotor de la misma.²²

19. Se entiende que se da *habitabilidad* en el caso de que una vivienda se encuentre situada en un edificio que posea adecuación estructural y constructiva y cumpla además dicha vivienda unas condiciones mínimas respecto a superficie útil, distribución interior, ventilación, iluminación natural y aireación, instalaciones de agua y saneamiento, electricidad, aislamiento térmico y acústico, instalación de calefacción o gas natural, servicios higiénicos, e instalaciones básicas de cocina.

20. Se considerarán como discapacitados con movilidad reducida permanente, de entre los recogidos en el anexo 3 del Real decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, los que acrediten mediante certificación del órgano competente hallarse en alguna de las siguientes circunstancias:

- Los confinados en silla de ruedas.
- Los que dependan absolutamente de dos bastones para deambular.
- Los que sumen 12 puntos o más en relación los apartados D y H.
- Los que suman de 7 a 11 puntos en relación con los apartados anteriores.

21. Artículo 10 a 14 del Decreto 315/2002 y órdenes de procedimiento de adjudicación antes citadas

22. Frente a la extendida idea del sorteo de vivienda protegida como un "rifa" o "lotería" regida solo por el azar, creo que es interesante conocer las siguientes estadísticas del sistema Etxebide que muestran que el sorteo con cupos combina transparencia con una fuerte política social. En los años 2001 a 2004 las adjudicaciones de VPO de Etxebide han tenido como destinatarios a los siguientes colectivos: discapacitados 2,7%, familias monoparentales 3,6%, familias numerosas 0,1%, demandantes por más de cuatro años 1% (cupos que solo ha operado en el año 2004), jóvenes menores de 35 años 70,3% y cupo general 22,3%. En el mismo periodo 2001-2004 las adjudicaciones de Etxebide han tenido como destino a demandantes inscritos con los siguientes tramos de ingresos: 3.000 y 9.000 euros el 22%, 9.000 y 15.100 euros el 50,4%, 15.100 y 21.100 euros el 19,3%, 21.100 y 27.100 euros el 6,5%, 27.100 y 33.100 euros el 1,8%. Como se puede apreciar estas adjudicaciones son cualquier cosa menos una rifa ciega y constituyen un elemento central de la política social en materia de vivienda del Gobierno Vasco.

El procedimiento de adjudicación de vivienda de protección oficial de promoción pública, concertada o sujeta a convenio se define en el artículo 11.1 del Decreto 315, modificado por el Decreto 290/2003. Y por Orden del consejero se regula reglamentariamente el procedimiento de adjudicación de las promociones de VPO de los siguientes tipos:

–VPO promovidas directamente por el Departamento de Vivienda del Gobierno Vasco.

–VPO de promoción concertada entre el Gobierno Vasco y los promotores privados, excepto las promovidas por cooperativas.

–VPO promovidas por sociedades públicas o privadas, que se encuentren participadas directa o indirectamente por el Departamento.

–VPO para cuya promoción se haya suscrito convenio entre el Gobierno Vasco y una entidad privada a fin de recibir estas ayudas públicas.

–Y en los demás casos cuando así lo establezca la normativa vigente o se suscriba un convenio al efecto.

Este principio general del sorteo para todas las viviendas de protección oficial promovidas directa o indirectamente por el Gobierno Vasco admite una serie de excepciones de tipo social. Mediante orden del consejero se pueden excluir del procedimiento de adjudicación viviendas que se destinen a necesidades específicas de vivienda del propio Departamento. Estas excepciones objetivas al sorteo tienen como origen la cobertura de procesos de realojo, ventas de viviendas de protección oficial a otras administraciones públicas, así como otros fines sociales del propio Gobierno Vasco. De la misma manera, se puede excepcionar (en este caso estamos ante excepciones sociales subjetivas) del cumplimiento de alguno de los requisitos para poder ser adjudicatario de una vivienda de protección oficial a las víctimas del terrorismo y de la violencia sexista, inmigrantes y niños de la guerra, entendiendo como tales a los encuadrados en la normativa que los regule, así como a otros colectivos en situaciones de especial necesidad, siempre que dichos colectivos hayan sido definidos por la normativa sectorial en vigor, siempre que dicha necesidad esté relacionada con la vivienda y sea acreditada por la institución competente en la protección de los derechos de esos colectivos.

Cada procedimiento de adjudicación se inicia por una orden del consejero de Vivienda, una vez que la promoción obtiene la calificación provisional, y recoge, como mínimo, los siguientes extremos:

–Número de viviendas a adjudicar.

–Municipios declarados interesados.

–Régimen de cesión de las viviendas.

–Fecha hasta la cual serán tenidas en cuenta las solicitudes de inscripción en el Servicio Vasco de Vivienda-Etxebide.

–Reservas en los cupos de discapacitados, unidades convivenciales monoparentales y menores de 35 años.

–También se pueden establecer reservas adicionales en función de las especiales características de la promoción o de la demanda del municipio o ámbito de que se trate para unidades convivenciales numerosas y demandantes con más de cuatro años de antigüedad en el Servicio Vasco de Vivienda-Etxebide.

–Y se acaba de incluir en la reserva de las unidades convivenciales monoparentales a mujeres víctimas de violencia de género.

–Exclusiones del procedimiento de adjudicación y reserva para necesidades específicas del Departamento.

–Exclusiones del procedimiento de adjudicación como consecuencia de realojos.

–Exclusiones del procedimiento de adjudicación y reserva para su enajenación a las DDFF y ayuntamientos para atender sus propias competencias y políticas sociales.

Examinadas las solicitudes hasta la fecha que determina la orden de inicio de procedimiento, efectuadas las subsanaciones pertinentes, publicadas las listas provisionales y resueltos los recursos administrativos presentados, se procede a la aprobación de las correspondientes listas de admitidos y excluidos en cada promoción. A continuación se realiza el sorteo para seleccionar las personas adjudicatarias de vivienda dentro de cada lista. Este sorteo se realiza ante notario, el acto es público, en ocasiones se retransmite por televisión y a partir de ahora se podrá consultar el video del sorteo en la web de Etxebide. Las listas de seleccionados serán publicadas en el tablón de anuncios de la delegación territorial correspondiente.

La condición de seleccionado adquirida en cualquier procedimiento impide la participación en procesos de adjudicación posteriores, salvo en el caso de renuncia expresa a dicha condición con anterioridad a la publicación de la orden de inicio del proceso de selección. Posteriormente se procede a la adjudicación de viviendas a los integrantes de la lista de seleccionados. Esta adjudicación se realiza por sorteo teniendo en cuenta la adecuación de la composición familiar al programa y a la superficie de la vivienda. Se comunica a cada interesado la vivienda que le ha sido adjudicada concediéndole un plazo para que presente la documentación de aceptación correspondiente, en el caso de viviendas promovidas por el departamento, o la suscripción del contrato correspondiente.

Con anterioridad a la formalización de la adjudicación se verifica de nuevo el cumplimiento del requisito de carencia de vivienda y en caso de no cumplirlo se deja sin efecto la adjudicación. La eficacia de la transmisión queda sometida a la condición suspensiva de ocupar las viviendas adjudicadas en el plazo de tres meses a contar desde la entrega de las llaves. La adjudicación de una VPO conlleva automáticamente la baja en el Registro de Demandantes –Etxebide– y el alta de la misma y de su usuario en el Registro de Viviendas de Protección

Oficial, instrumento que contiene todas la VPO con calificación vigente en la Comunidad Autónoma del País Vasco, así como la información básica de sus usuarios (titulares del derecho de superficie, propietarios de dominio pleno, inquilinos, etcétera).

2.6. ¿Cómo se adjudican las VPO municipales en Euskadi?

Las VPO que sean propiedad de las corporaciones municipales, o de sus organismos autónomos locales o sociedades públicas municipales, o para cuya promoción estos hayan suscrito convenio con promotores privados quedan fuera del ámbito de aplicación del procedimiento antes descrito,²³ al ser reguladas por una norma propia.

Esta norma²⁴ establece la libertad a los ayuntamientos para realizar su propia política de sorteos de vivienda de protección oficial, aunque con algunas limitaciones:

–El sorteo se configura como sistema general de adjudicación de VPO municipal.

–Las excepciones al sorteo, para hacer frente a las necesidades específicas de los ayuntamientos en materia de política social, deberán tener como destino el alquiler o la cesión en precario.

–Las promociones municipales de VPO deberán obtener la calificación provisional con carácter previo a su sorteo.

–En el caso de que la promoción municipal de VPO haya recibido ayudas del Gobierno Vasco, el requisito de empadronamiento en el municipio no podrá superar los tres años.

–En el sorteo municipal tendrán derecho a participar los demandantes del listado municipal y, en el caso de que exista un convenio de colaboración entre el ayuntamiento y el Gobierno Vasco, los demandantes inscritos en el Servicio Vasco de Vivienda-Etxebide empadronados en el municipio.

2.7. ¿Cómo se adjudican las VPO privadas en Euskadi?

El artículo 11.1 del Decreto 315 prescribe que la adjudicación se realizará respetando los principios de publicidad, concurrencia y transparencia, a través de un procedimiento que garantice el cumplimiento de los mismos. Y por Orden de 18 de agosto de 2003 se estableció un procedimiento de adjudicación de promociones privadas que se basa en los siguientes principios:

–Los promotores privados deberán adjudicar las viviendas de protección oficial mediante un sorteo ante notario entre los demandantes que le proporcione el Servicio Vasco de Vivienda-Etxebide.

–Las promociones privadas de vivienda de protección oficial deberán solicitar la calificación provisional antes de ser sorteadas.

Este procedimiento por el que el promotor privado no elige a sus clientes, sino que es el Gobierno Vasco el que controla a los demandantes que deberán ser sorteados ante notario es novedoso a nivel estatal por varias razones:

–Goza del apoyo de las asociaciones de promotores de vivienda de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

–Es un ejemplo puntero de cooperación entre la Administración pública y las empresas del sector en la tarea de luchar contra el fraude y los sobrepuestos.

–Tiene una capacidad de lucha contra el fraude en materia de VPO privada de largo y poderoso alcance.

–Ayuda a visualizar a la VPO privada como lo que es: un patrimonio al servicio del derecho a la vivienda de la ciudadanía, es decir, un bien de uso, antes que una mercancía.

2.8. ¿Cómo se adjudican las VPO promovidas por cooperativas en Euskadi?

Los artículos 10 y siguientes del Decreto 315 excluyen expresamente a este tipo de promociones de los procedimientos de adjudicación descritos para Gobierno Vasco, ayuntamientos y promotores privados. El procedimiento de adjudicación de VPO cooperativa ha sido regulado por la Orden de 30 de junio de 2004, del consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, sobre procedimiento de adjudicación de promociones privadas de viviendas de protección oficial llevadas a cabo por cooperativas, comunidades de bienes o promoción para uso propio. Esta orden se basa en los siguientes principios:

–Los socios cooperativistas, para ser adjudicatarios deben cumplir los requisitos del Decreto 315, salvo el del empadronamiento.

–La iniciativa de constitución de cooperativa y captación de socios debe anunciarse en el boletín oficial del territorio y en un periódico del territorio histórico, de la misma manera, la iniciativa debe ser comunicada al Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco (que procederá a informar a los inscritos en Etxebide, que previamente hayan solicitado ser informados de la constitución de cooperativas de VPO, de la constitución de esta concreta cooperativa).

–En el caso de que el número de personas que deseen ser cooperativistas supere al de viviendas de protección oficial a promover la adjudicación deberá hacerse mediante sorteo ante notario.

Este procedimiento de adjudicación de VPO promovida por cooperativas que cuenta con el apoyo del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, EUDEL

23. Artículo 11.4 del Decreto 315.

24. La Orden de 26 de febrero 2004 (modificada por Orden de 29 de septiembre), del consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, sobre procedimiento de

adjudicación de VPO a que se refiere el artículo 11.4 del Decreto 315/2002, de 30 de diciembre, sobre régimen de viviendas de protección oficial y medidas financieras en materia de vivienda y suelo.

(la principal asociación vasca de municipios) y los principales ayuntamientos vascos que utilizan la fórmula cooperativa (especialmente Vitoria-Gasteiz).

2.9. Sistema integral de adjudicación de toda la VPO vasca

La sucesión del Decreto 315, la orden de procedimiento de vivienda de protección oficial y las órdenes homólogas de ayuntamientos, promotores privados y cooperativas de vivienda de protección oficial cierra un círculo en la regulación de los procedimientos a través de los cuales la ciudadanía puede acceder en pie de igualdad a la VPO en Euskadi. Como consecuencia de lo anterior se impone el sorteo como forma de adjudicar toda la Vivienda de Protección Oficial vasca con independencia de su promotor. Aunque es evidente que todos los sorteos no tendrán siempre el mismo formato, dado que se dan las siguientes modalidades:

–Sorteo Etxebide:

- a) Promociones del Gobierno Vasco.
- b) Promociones concertadas con el Gobierno Vasco.
- c) Promociones de Visesa.
- d) Promociones municipales con algún tipo de acuerdo con Etxebide. (ayuntamientos de Getxo, Bilbao, Vitoria-Gasteiz, etcétera).

–Sorteo municipal:

- a) Promociones municipales (con participación de los inscritos de Etxebide empadronados en el municipio cuando exista convenio entre el ayuntamiento y el Gobierno Vasco).

–Sorteo ante notario (con participación de los demandantes inscritos en Etxebide):

- a) Vivienda de protección oficial privada.
- b) Vivienda de protección oficial cooperativa.

Este sistema integral se basa en los principios de publicidad, transparencia y concurrencia pública como principales armas contra el fraude en materia de VPO, todo ello sin perder de vista el carácter social de estas adjudicaciones antes reseñado.

Finalmente hay que reseñar que, como consecuencia de todo lo anterior, Etxebide es la puerta de entrada casi universal a todas las promociones de VPO en Euskadi.

2.10. La lucha contra el fraude en materia de VPO

Como ya hemos reseñado antes, las VPO son un patrimonio inmobiliario construido con el dinero de los contribuyentes (han aportado más los que más tienen) y que deben tener como destino la satisfacción del derecho constitucional de acceso a una vivienda digna de los ciudadanos más necesitados de tutela pública (deben

recibir más los que menos tienen). Como tal, estas VPO adscritas funcionalmente a la satisfacción de una necesidad social y con ellas ningún particular debe poder lucrarse y monetarizar una plusvalía de forma privada e individual. Si a esto le añadimos un contexto en el que el mercado expulsa a buena parte de la población del acceso a una vivienda digna, se comprenderá que la tolerancia de la Administración en materia de fraude no puede ser sino cero.

Una vez tomada esta opción de partida, la normativa vasca de VPO despliega una serie de medidas contra el fraude en la adjudicación, uso y transmisión de estas viviendas, entre las que cabe destacar las siguientes:

–La adjudicación por sorteo (Decreto 315, Orden de procedimiento de vivienda de protección oficial, órdenes de procedimiento de ayuntamientos, privados y cooperativas).

–La calificación permanente (artículo 9.1 del Decreto 315).

–El alquiler de todas las viviendas sociales promovida por el Gobierno Vasco [artículo 10.2.b) del Decreto 315].

a) En torno al 40% de las viviendas asignadas por Etxebide en el periodo 2001-2004 están destinadas al alquiler y con ello solo se deja un 60% de margen al fraude en segundas y posteriores transmisiones.

b) Además hay que tener en cuenta la nueva política de precios en los alquileres (no como medida antifraude, pero sí como medida que garantiza el uso socialmente más justo de las viviendas sociales) también como medida de lucha contra el mal uso de este tipo de viviendas

–El derecho superficie para la cesión de VPO de régimen general [artículo 10.2.c) del Decreto 315].

a) El efecto conjunto de la calificación indefinida como vivienda de protección oficial y la adjudicación exclusivamente en derecho de superficie (o alquiler) es demolidor para las perspectivas de lucro privado futuro.

–El visado de segundas y posteriores transmisiones (el papel de notarios y registradores). El artículo 26 del Decreto 315/2002 y el anexo I del Decreto 315/2002 establecen las siguientes obligaciones:

a) Visar los contratos de compraventa y alquiler de viviendas de protección oficial.

b) Cumplir los requisitos de VPO para los adquirentes o inquilinos (especialmente importante en materia de precios máximos de venta y alquiler).

c) Los notarios deberán de forma inexcusable comprobar que dichas operaciones han obtenido el correspondiente visado; sin dicho visado, las transmisiones no se podrán elevar a escritura pública ni inscribirse en el Registro de la Propiedad.²⁵

25. Todo esto es de aplicación a todas las viviendas con calificación de protección oficial vigente, independientemente de su sujeción a la Ley 7/1988, de 15 de abril, de derecho preferente de adquisición en las transmi-

siones de viviendas de protección oficial a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

–El ejercicio del derecho de adquisición permanente (tanteo y retracto) tal y como lo regula la Ley 7/1988, de 15 de abril, de derecho preferente de adquisición en las transmisiones de viviendas de protección oficial a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y su norma de desarrollo el Decreto 103/1997, de 6 de mayo, de desarrollo de la Ley 7/1988, de 15 de abril, sobre derecho preferente de adquisición a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en las transmisiones de viviendas de protección oficial.

a) Las VPO calificadas con posterioridad al 12 de mayo de 1988 están sujetas al tanteo y retracto de la Administración en segundas y posteriores transmisiones onerosas.

b) Esta prescripción existe desde 1988 pero prácticamente no se ha puesto en práctica hasta hace tres años. Hemos pasado de los cuatro tanteos y retractos de 1994, a los casi cien del 2004. A lo que hay que añadir las ofertas de venta que empiezan a ser frecuentes, como consecuencia de la asunción de los propietarios de VPO de que su vivienda va a ser tanteada con toda seguridad en caso de intento de transmisión en el mercado.

c) Las VPO tanteadas son adjudicadas a demandantes inscritos en Etxebide.

–Inspección sobre el régimen de uso de la VPO.

a) Por primera vez desde la consecución del autogobierno se ha puesto en marcha un operativo dirigido por el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco especializado en las labores de inspección del uso del parque de VPO que ha inspeccionado cerca de 8.000 viviendas en poco más de medio año de trabajo de campo.

b) En una primera etapa nos estamos centrando en la detección de las patologías más graves socialmente (no ocupación, ventas irregulares y alquileres no autorizados), aunque el objetivo es claro: revisar todo el parque, que en estos momentos ronda las 45.000 viviendas calificadas e inscritas en el Registro de VPO que mantiene el Gobierno Vasco.

–El corolario lógico de inspeccionar el uso no puede ser otro que el ejercicio de la potestad sancionadora en aquellos casos en los que se detecten infracciones no prescritas.

–Pudiendo ir las sanciones desde la pequeña sanción económica hasta el embargo de la vivienda por impago de las sanciones coercitivas (y readjudicación a demandante inscrito en Etxebide) o la expropiación forzosa por la función social de la propiedad en el caso de las viviendas de protección oficial financiadas con dinero público (aún hoy vigente Ley 24/1977).

3. Conclusiones

Una vez recorrida someramente la normativa vigente en Euskadi en materia de VPO podemos acometer la labor de caracterizar este corpus normativo. Creemos que son destacables, al menos, los siguientes rasgos.

3.1. Perspectiva constitucional: centralidad del derecho de la ciudadanía a acceder a una vivienda digna

Queremos insistir, una vez más, en la centralidad del derecho de acceso a una vivienda digna de la ciudadanía en este conjunto normativo. Todas las opciones normativas están presididas por el espíritu de permitir el acceso a una vivienda digna al máximo número de ciudadanos y ciudadanas. En este punto es oportuno poner de relieve el recordatorio del profesor Gerardo Roger Fernández cuando afirma que el artículo 47 de la Constitución es el único que prohíbe un tipo de especulación (la ejercida sobre el suelo) y es un artículo que no deja opción a los poderes públicos, pues en materia de vivienda éstos deben intervenir, intervenir y después intervenir.²⁶ Es en este contexto en el que debe ser encuadrada la apuesta del Gobierno Vasco por:

–El derecho de superficie a 75 años para todas las VPO (se retiene la propiedad de todos los suelos sobre los que promueve el Gobierno directa o indirectamente y pasado 75 años se recuperará el uso del suelo edificado), en detrimento de la enajenación de la propiedad de un patrimonio inmobiliario construido con el esfuerzo tributario de la ciudadanía.

–El alquiler de todas las viviendas sociales (y de una buena parte de las VPO de régimen general) y el uso rotativo de estas viviendas por parte de los inquilinos.

–La calificación permanente de las viviendas de protección oficial que configura una propiedad privada fuertemente intervenida por lo público, en garantía del interés general (propiedad a caballo entre la privada estricta y el dominio público).

–El control de las segundas y posteriores transmisiones (visado de todos los contratos de compraventa por parte del Gobierno Vasco, exigencia del visado gubernamental por parte de notarios y registradores, tanteo y retracto sistemático, inspección sobre el uso del parque, procedimiento sancionador, etcétera).

La centralidad del “derecho” a la vivienda en la normativa de la Comunidad Autónoma del País Vasco debe entenderse al margen de la polémica por el carácter de los principios rectores de política social y económica de los artículos 39 a 52 de la Constitución. Es evidente que no estamos, en puridad técnica, ante un

26. Gerardo ROGER FERNÁNDEZ, “La gestión del suelo para la vivienda social”, en el curso de verano de la Universidad Complutense “El derecho a la vivienda

da y la política local”, El Escorial (Madrid), 25 a 29 de julio de 2005.

auténtico derecho subjetivo. Es claro que nos encontramos en el terreno de un derecho de configuración legal o reaccional (como los califica el profesor García de Enterría). Es claro que el derecho a la vivienda carece de amparo ante el Tribunal Constitucional o que no está protegido por la técnica del constitucionalismo alemán de la garantía de su contenido esencial. Es notable que este derecho, aunque vincula a los poderes públicos en su actividad, no produce en la ciudadanía sino expectativas de actuación por parte de los poderes públicos. Todo esto es conocido y cierto. Sin embargo, nosotros hemos entendido que en esta parte del Estado social es más importante la tutela efectiva del derecho gracias a la actividad prestacional, de fomento y policía de la Administración que el evidente déficit jurídico y constitucional del derecho a la vivienda. Y hemos recordado siempre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, en relación con el conjunto del capítulo III de la sección segunda del título primero de la Constitución, habla de unas administraciones públicas que no pueden ser abstencionistas, que deben actuar, que deben intervenir, en este caso, en beneficio del disfrute ciudadano del derecho a la vivienda, en tanto que principio de política social y económica.

Nótese que en un contexto en el que no estamos ante un verdadero derecho subjetivo la Administración vasca ha logrado imponer un modelo novedoso de propiedad privada fuertemente intervenida por lo público. A pesar de las evidentes limitaciones constitucionales, hemos sabido construir entre todos un marco normativo que crea un *tertium genium* en materia de propiedad a través de las viviendas de protección oficial. Todo lo anterior debe entenderse dentro de nuestra apuesta total por la optimización social del uso de un patrimonio inmobiliario al servicio de un derecho constitucional ciudadano. Formalmente, en el caso de la vivienda, no estamos ante un derecho subjetivo, pero ese principio rector de la política social y económica que enuncia el artículo 47 de la Constitución, cuando hay voluntad política, se puede llevar tan lejos como hasta la calificación permanente de las VPO y la creación de un tipo de propiedad a medio camino entre la privada pura y el dominio público.

3.2. Perspectiva orgánica: servicio público, policía administrativa, fomento y políticas públicas

Creemos que la normativa de VPO vasca configura un ámbito orgánico recorrido por las tres nociones clásicas

de la actividad administrativa, es decir: el servicio público, la actividad de policía administrativa y el fomento.

Si definimos el servicio público como un conjunto de medios humanos, materiales y económicos que la Administración, de forma directa o concertada con la iniciativa privada, gestiona para satisfacer una necesidad pública a través de la prestación de bienes y servicios en régimen de monopolio y sometida a derecho público, nos daremos cuenta que en el caso de la VPO se dan todos los rasgos salvo el del monopolio. Pero como quiera que la propia doctrina administrativista ha relativizado el vigor de este rasgo, como consecuencia de la existencia de empresas públicas (regidas por el derecho privado y que concurren con la iniciativa privada) que indudablemente está orientadas al servicio público, es evidente que la maquinaria pública dispuesta en materia de vivienda cumple con los rasgos fundamentales del servicio público.²⁷ En el caso que nos ocupa, todos los medios del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, y de entre ellos muy especialmente el Servicio Vasco de Vivienda-Etxebide, junto con Visesa (promotora pública), Orubide (sociedad de suelo), Alokabide (sociedad de alquiler), el programa Bizigune (movilización de vivienda vacía hacia el alquiler protegido) y la maquinaria pública municipal configuran un servicio público de vivienda pública de cierta potencia orgánica.

El anterior conjunto está integrado por toda la panoplia de posibilidades público-organizativas:

- Gestión directa y centralizada: Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales (con especial énfasis en Etxebide) y los ayuntamientos vascos.

- Organismos públicos de todo tipo: Viviendas Municipales de Bilbao, Ensanche XXI, Patronato de la Vivienda de Donosti, Irunvi, etcétera.

- Empresas de economía mixta: como Visesa, Orubide y Alokabide.

- Gestión indirecta: fundamentalmente a través de concierto (sin casi presencia de otras técnicas como el contrato de gestión de servicio público, la concesión o la gestión interesada).

Este conjunto orgánico cumple con los rasgos típicos de un servicio público al uso en un contexto de Estado social (*publicatio*, control de la Administración, carácter técnico-empresarial, en interés de los administrados, continuidad de la prestación, igualdad de acceso y uso del servicio público).

Pero además de ver los evidentes rasgos de servicio público, en el modelo vasco de vivienda protegida, también podemos observar la presencia de los rasgos clásicos

27. En apoyo de la tesis sobre la vivienda como un servicio público no monopolístico se puede consultar el artículo ya clásico de Martín BASSOLS COMA, "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978", RDU, Madrid, 1983. Y de entre los autores más jóvenes destaca por su actual dicotomía (director general de la Vivienda del Aragón

y profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza) el posicionamiento a favor de la consideración de la vivienda como un servicio público de Julio César TEJEDOR BIELSA en, entre otros trabajos, "Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Aragón", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 7, Barcelona, febrero de 2005.

cos del fomento, entendida esta como la actividad administrativa que orienta la actividad privada hacia fines de interés general mediante incentivos público. Las subvenciones (al fomento del alquiler de VPO, programas de rehabilitación, acceso a la vivienda libre usada, áreas de rehabilitación integral, accesibilidad, etc.)²⁸ y líneas financieras ilustran a la perfección la actividad de fomento del aparato público en materia de vivienda. Aunque el fomento sea algo más propio del Estado liberal que del Estado social, no hay que perder de vista, como señala García de Enterría, la fuerte capacidad del fomento para la configuración social, la dirección económica y la redistribución de la riqueza.

Y finalmente hay que señalar que el aparato público definido por la normativa de VPO vasca tiene los rasgos clásicos de la actividad de policía administrativa. A este respecto baste recordar el gravamen en la esfera jurídica de los administrados que suponen las sanciones en materia de uso no autorizado de la VPO o la necesidad de solicitar autorizaciones previas en determinadas actividades (vgr. alquiler de vivienda de protección oficial o el visado en las segundas y posteriores transmisiones de vivienda de protección oficial).

Por otra parte, estas tres actividades clásicas de cualquier Administración (servicio público, fomento y policía) deben entenderse dentro del marco teleológico de las políticas públicas de vivienda. Al hablar de las políticas públicas el profesor Subirats habla de proyecto de cambio social y eso es lo que preside la normativa de VPO vasca: la voluntad de dar cobertura social a la parte de la ciudadanía vasca expulsada por el mercado del disfrute de un derecho constitucional y con ello impedir peligrosas dinámicas de exclusión social y/o dependencia del mercado, con todo lo que esto supone en términos de posibilitar una ciudadanía libre funcional al establecimiento de una sociedad democrática avanzada.²⁹ Ese proyecto de cambio social tiene su reflejo en el Plan Director de Vivienda 2002-2005, marco teleológico,

cuantitativo, cualitativo y axiológico en el que deben encuadrarse las tres nociones antes estudiadas: servicio público, fomento y policía administrativa

3.3. Perspectiva jurídico-administrativa

Como en cualquier Administración pública propia de un Estado social y democrático de derecho, la Administración pública vasca al servicio de la VPO respeta un equilibrio entre la vinculación positiva del principio de juridicidad (actuar sólo cuando está legalmente habilitada) y la vinculación negativa. La realidad es compleja y dinámica y la Administración no se puede permitir permanecer inactiva, especialmente en el caso de la vivienda protegida, y por ello debe hacer uso de potestades discrecionales. Todo ello sin perjuicio de que, como en otras actuaciones administrativas, los tribunales controlen el sometimiento de esas potestades discrecionales a los fines que las justifican (tal como reza el artículo 106.1 de la Constitución).

Por lo demás, la Administración vasca al servicio de la vivienda protegida cumple, al menos así lo creemos, el resto de características de una Administración de principios del siglo XXI: objetividad, eficacia, participación de los ciudadanos (artículo 103.1 de la Constitución), eficiencia, programación, control, responsabilidad, racionalización, agilización procedimental, servicio efectivo al ciudadano y transparencia (LRJAP y LOFAGE).

En este punto, y a pesar de la complejidad de un sistema público que, como el vasco, ha multiplicado por tres sus ritmos de trabajo y que presenta unas estadísticas récord en el conjunto del Estado español, entendemos que se da el adecuado equilibrio entre las potestades exorbitantes de la Administración y las garantías y derechos de los administrados. No hay, desde nuestro punto de vista, huida alguna del derecho administrativo, en expresión ya clásica del profesor Clavero. Y no pueden ser entendida como huida del Derecho administra-

28. Las principales normas en materia de subvenciones a la VPO en Euskadi son las siguientes:

–Orden de 30 de diciembre de 2002, del consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, sobre ayudas a la promoción de VPO y medidas de fomento al alquiler (BOPV núm. 249 de 31/12/2002).

–Orden de 30 de diciembre de 2002, del consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, sobre medidas financieras en materia de suelo y urbanización (BOPV núm. 249 de 31/12/2002).

–Orden de 30 de diciembre de 2002, del consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, sobre medidas financieras en materia de suelo y urbanización referente a la adquisición onerosa de suelo para formación de patrimonios públicos de suelo con destino preferente a la promoción de VPO (BOPV núm. 249 de 31/12/2002).

–Decreto 316/2002, de 30 de diciembre, por el que se promueve e impulsa el Programa de Vivienda Vacía, se establece su régimen jurídico y se encomienda su gestión a la Sociedad VISESA (BOPV núm. 249 de 31/12/2002).

–Orden de 22 de abril de 2003, del consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, sobre condiciones de cesión y procedimiento de adjudicación del "Programa de Vivienda Vacía" (BOPV núm. 96 de 19/5/2003).

–Orden de 30 de julio de 2003, del consejero de Vivienda y Asuntos

Sociales, sobre medidas financieras para compra de vivienda (BOPV núm. 167 de 28/8/2003).

–Decreto 317/2002, de 30 de diciembre, sobre actuaciones protegidas de rehabilitación del patrimonio urbanizado y edificado (BOPV núm. 249 de 31/12/2002).

–Orden de 30 de diciembre de 2002, del consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, sobre medidas financieras para rehabilitación de vivienda. (BOPV núm. 249 de 31/12/2002).

–Orden de 30 de diciembre de 2002, del consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, por la que se regula la concesión de subvenciones para la rehabilitación del patrimonio urbanizado y edificado en áreas de rehabilitación integrada o en áreas residenciales degradadas (BOPV núm. 249 de 31/12/2002).

–Orden de 30 de diciembre de 2002, del consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, por la que se regula la concesión de subvenciones a ayuntamientos y otras instituciones menores para la elaboración de planes de accesibilidad y para la ejecución de obras de mejora y la adquisición de equipamiento para garantizar la accesibilidad en el entorno urbano y las edificaciones. (BOPV núm. 249 de 31/12/2002).

29. Sexto párrafo del preámbulo de la Constitución de 1978.

tivo el recurso a la Administración impropia, frecuente en estos tiempos en todas las esferas administrativas y también en el campo de la VPO (notarios, registradores, cajas de ahorros, promotores, etcétera).

Si partimos de la concepción del ordenamiento jurídico como una verdadera fuente normativa (García de Enterría vs. concepción del ordenamiento jurídico como acto administrativo de Garrido Falla) y observamos el ordenamiento jurídico administrativo al servicio de la vivienda protegida en Euskadi advertiremos una de sus principales novedades: la falta de una norma con rango legal específicamente dedicada a la VPO. Los decretos y órdenes que hemos citado en estas páginas cuelgan directamente del artículo 47 de la Constitución, de los preceptos de habilitación competencial de la Comunidad Autónoma del País Vasco recogidos en nuestro Estatuto de autonomía y de la legislación sectorial estatal aún en vigor (en algunos casos preconstitucional). Esta situación, que nos podría hacer pensar en la existencia en el Estado español de reglamentos independientes de las leyes (existentes en Francia donde hay reserva reglamentaria, pero inexistentes en nuestro ordenamiento jurídico) no es la deseable. Por ello, en estos momentos estamos trabajando en la redacción de un anteproyecto de Ley de vivienda de la Comunidad Autónoma del País Vasco que cubra, al menos, los siguientes cometidos en el campo de la vivienda protegida:

–Centre desde el punto de vista de la teoría de las fuentes las normas sobre vivienda protegida en Euskadi.

–Le dé el grado de seguridad jurídica recomendable a determinadas apuestas realizadas en la normativa antes reseñada.

–Actualice algunas cuestiones un tanto vetustas (vg. régimen sancionador)³⁰ que están afectadas por una reserva de ley expresa.

Sea como fuere, esta situación de ausencia de texto legal hace que el Decreto 315/2002 se convierta en la norma básica en materia de VPO en Euskadi. Hemos estudiado antes buena parte de su contenido y todos coincidiremos en que el Decreto 315 es formalmente eso, un decreto, pero desde el punto de vista material su papel excede el que le debería ser natural. Lo predicado del Decreto 315, no es obstáculo para afirmar que la normativa sobre vivienda de protección oficial vasca se configura como un marco integral en tanto que omnicompreensivo y, dentro de lo razonable, autointegrable.

Por lo demás, el ordenamiento jurídico administrativo de la vivienda de protección oficial en Euskadi responde

a los rasgos típicos de cualquier ordenamiento jurídico administrativo, especialmente en lo relativo a sus límites

–Formales: competencia, normas sobre su procedimiento de elaboración, irretroactividad, etcétera.

–Materiales: jerarquía normativa, respeto a los límites de las potestades discrecionales, etcétera.

Si definimos este como el modo de producción de los actos administrativos y consecución de los fines de la Administración, creemos poder afirmar que los procedimientos administrativos ligados a la VPO tienen todos los rasgos propios del procedimiento administrativo moderno. A saber: el equilibrio entre eficacia administrativa y garantías de los derechos de los ciudadanos como manda el artículo 103.1 de la Constitución y la LRJAP.

Entre esas garantías de los administrados podemos citar las siguientes: gratuidad, no es necesaria la dirección técnica, carencia de solemnidad, impulso de oficio, predominio de la forma escrita, resolución expresa, notificación, derecho a conocer la identidad de la autoridad que impulsa el procedimiento, acceso a archivos y registros, uso de las dos lenguas de la comunidad autónoma, derecho a alegar y aportar documentación, audiencia pública, obtención de información y orientación jurídica y técnica, derecho al recurso administrativo y contencioso-administrativo, etcétera.

3.4. Perspectiva política: el Estado social

Retomo la provocación que lancé al principio de esta exposición: ¿es el Derecho administrativo un Derecho “de segunda” en comparación con el derecho constitucional? O acaso, en materia de principios rectores de política social y económica (y de entre ellos, también en materia de vivienda) ¿sin un Derecho administrativo fuerte como complemento a un Derecho constitucional audaz no hay, como nos sugería Norberto Bobbio, posibilidad de transformación? Como ya explicité al principio de este trabajo, sin la adecuada conjunción de Derecho constitucional, administrativo y políticas públicas no hay esperanza alguna para las capas más vulnerables de nuestra sociedad, pero tampoco hay mucha esperanza para la paz y cohesión social de todos a medio y largo plazo.

Todo lo que he tratado de exponer en estas páginas no podría entenderse si no se tienen en cuenta que ésta es una batalla, importante, pero una más, de las que hay que luchar en la defensa del Estado social. La radicalidad y novedad del marco normativo de la vivienda protegida

30. Esta materia está regulada en estos momentos por las siguientes normas en la Comunidad Autónoma del País Vasco:

–Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

–Ley 24/1977, de expropiación forzosa por incumplimiento de la función social

de la propiedad de viviendas de protección oficial (BOE de 4 de abril de 1977).

–Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre viviendas de protección oficial.

–Real decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real decreto ley 31/1978, sobre política de vivienda.

en Euskadi no se puede entender si no es en la perspectiva de una apuesta por el Welfare State casi cien años después de que Herman Heller³¹ lo definiese teóricamente y solo treinta años después de que Friedman, Hayeck, Lipset, Bell, Nisbet o Huntington tratarán de socavar sus cimientos y mandarlo a un rincón de la historia.

Hoy el Estado Social sigue siendo la única manera de conciliar libertad civil con igualdad social y política. Como siempre nos recuerda el maestro Elías Díaz no hay verdadero Estado de derecho sin un fuerte Estado social. Tampoco debemos perder de vista el excelente trabajo de Vicenç Navarro,³² que habla con claridad, ya desde su propio título (bienestar insuficiente y democracia incompleta) de la relación entre Estado social y democracia.

El modelo de VPO vasco que he tratado de resumir, y al que he contribuido personalmente en mi calidad de director de la Dirección de Planificación y Gestión Financiera del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, es un modelo atípico (pues sólo tiene homólogos parciales o totales en las comunidades autónomas de Asturias, Cataluña y Navarra), pero ni utópico ni ucrónico: se da aquí y ahora en la Euskadi de la primera década del nuevo siglo. Puede que sea un modelo a contracorriente de la política de muchas otras comunidades autónomas, pero lo que no se podrá negar es que no es un modelo a contracorriente del dictado constitucional, más bien al contrario es un modelo que trata de cumplir al cien por cien con el mandato constitucional que el artículo 47 dirige a los poderes públicos. ■

31. Herman HELLER, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura, México, 1998.

32. Vicenç NAVARRO, *Bienestar insuficiente, democracia incompleta*, Anagrama, Barcelona, 2002.

Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales (crónica de la Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/03, Parking Brixen GmbH)

1. Consideraciones preliminares.
2. Los antecedentes de la Sentencia Parking Brixen.
3. Contratos públicos y concesiones otorgados por los entes territoriales a sus sociedades filiales. La obligación general de seguir un procedimiento público licitatorio y la excepción de encargo directo solamente en determinadas circunstancias, identificadas con los denominados “criterios Teckal”.
 - 3.1. Contrato público de servicios y concesión de servicio público.
 - 3.2. Sujeción de la concesión de servicio público a los principios del Tratado UE que imponen obligaciones de publicidad y de licitación transparente.
 - 3.3. El encargo directo a una sociedad mercantil local exige la superación de los denominados “criterios Teckal”.
4. El primer criterio Teckal. Para poder realizar un encargo directo, la entidad local adjudicadora debe tener sobre la mercantil adjudicataria un control análogo al que tiene sobre sus propios servicios.
 - 4.1. Advertencia previa. Los dos criterios Teckal están presididos por una idea o factor común: vinculación o dependencia del medio propio versus autonomía material del tercero.
 - 4.2. Una participación privada en la sociedad mercantil, por minoritaria que sea, rompe la posible existencia del primer criterio Teckal. Referencia a la reciente Sentencia Mödling.
 - 4.3. La participación cien por cien local, es, pues, requisito mínimo para dar por cumplido el primer criterio Teckal. No obstante, tal participación íntegra puede no ser suficiente.
5. El segundo criterio Teckal. Para poder instrumentarse un encargo directo la mercantil adjudicataria debe realizar la parte esencial de su actividad para la entidad o las entidades adjudicadoras a que aquélla pertenece.
6. Las soluciones, discordantes, de las conclusiones de la abogado general y de la Sentencia Parking Brixen. Proyección sobre la autonomía local.
7. Recapitulación de ideas y cautelas a tener en cuenta al realizar encargos directos a una sociedad mercantil local.
8. Algunas reflexiones finales a la luz del ordenamiento español.

Esteban Arimany Lamoglia
Socio de Uría Menéndez.
Abogado del Estado (en excedencia).
Profesor asociado de Derecho Administrativo de
la Universidad de Barcelona

1. Consideraciones preliminares

Constituye ya un lugar común afirmar la enorme influencia que está ejerciendo el Derecho comunitario sobre el Derecho administrativo de los distintos estados miembros de la Unión Europea, y, más concretamente, sobre el Derecho interno de la contratación pública, las concesiones administrativas y las relaciones entre los entes públicos y sus empresas instrumentales.¹

En el específico ámbito de la contratación pública, el Estado español ha podido constatar durante los últimos años dicha influencia en forma incluso de condena por parte del TJCE, habida cuenta de la defectuosa transposición que aquél había realizado de las correspondientes directivas. El reproche comunitario se ha materializado en las tres conocidas sentencias del mencionado Tribunal de 15 de mayo de 2003, 16 de octubre del mismo año y 13 de enero de 2005.

A raíz de las consideraciones jurídicas y de la parte dispositiva de las citadas sentencias se han introducido, como es sabido, importantes modificaciones cualitativas en el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas (TRLCAP), aprobado mediante el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, la última de ellas propiciada por el Real decreto ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, modificaciones que han incidido en aspectos tales como la noción de organismo público o poder adjudicador, el régimen jurídico de los contratos adjudicados por las sociedades mercantiles públicas, la previ-

sión de la adopción de medidas provisionales en la fase de licitación, la utilización excepcional del procedimiento negociado y la exclusión –ahora relativa– de los convenios interadministrativos de colaboración. Sobre algunos de estos aspectos volveremos en el último apartado de esta crónica.

Pues bien, una nueva muestra de la mencionada influencia o, si se quiere, del impacto del Derecho comunitario sobre los tres ámbitos mencionados con anterioridad, la encontramos en el contenido de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de octubre de 2005 en el Asunto Parking Brixen GmbH (Asunto C-458/03), precedida de las muy brillantes –y no siempre coincidentes con la sentencia– Conclusiones del abogado general de 1 de marzo de 2005 en el Asunto Parking Brixen GmbH (Asunto C-458/03).

En dicha sentencia, cuya doctrina trae causa de algunos otros pronunciamientos anteriores del TJCE² y sobre la cual ha insistido, para un supuesto específico al que también nos referiremos, la todavía más reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de noviembre de 2005 en el Asunto Comisión c. Austria (Asunto C-29/04), se aborda frontalmente y en forma detenida la cuestión relativa a la conformidad o disconformidad con el Derecho comunitario –según las circunstancias concurrentes en cada caso– de las encomiendas o los encargos directos realizados por parte de las administraciones públicas, sin previa publicidad ni pública licitación, a sus entes instrumentales constituidos en forma de sociedad mercantil, para la realización de prestaciones que caen materialmente

1. En materia de contratación pública, y al margen de los denominados *sectores especiales*, las tres directivas 92/50, 93/36 y 93/97 CEE, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, suministro y obras, respectivamente, han sido sustituidas por 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, cuyo plazo de transposición a Derecho interno finaliza el 31 de enero de 2006, fecha que, a todas luces, resultará incumplida en España. Sobre este tema, *vid.* José Luis PIÑAR MAÑAS, "El Derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español de contratos públicos", en la obra colectiva, dirigida por Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Thomson-Civitas, segunda edición, 2004, p. 27 y ss., y bibliografía allí citada.

Por lo que se refiere a las concesiones administrativas, concretamente las que tienen por objeto la ejecución de obras públicas o la gestión de servicios públicos, han quedado, como veremos, un tanto al margen de las directivas de contratación pública. No obstante, como también veremos, les son aplicables principios fundamentales del Derecho comunitario y del Tratado UE. La importancia de estas concesiones, instrumentos fundamentales de la colaboración público-privada en la provisión de obras y servicios públicos a escala europea, quedó patente en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en Derecho comunitario, de 12 de abril de 2000, y ha vuelto a resaltarse en el Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, así como en la muy reciente Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, sobre esta misma modalidad de colaboración, de 15 de noviembre de 2005, textos los dos últimos que, no obstante, responden a un

ámbito objetivo que excede del estrictamente concesional. Sobre todos estos temas, *vid.*, últimamente, la bibliografía que en ellos se cita, J. A. MORENO MOLINA, "Las concesiones de obra pública en el Derecho comunitario europeo", en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 39, 2005, p. 23 y ss. y J. M. GIMENO FELIU, "La normativa reguladora de los contratos de concesión de obra pública (reflexiones críticas tras la reforma de 2003)", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 26, junio de 2005, p. 53 y ss.

Finalmente, sobre las relaciones de los entes públicos con sus entes instrumentales, baste citar en este momento la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los estados miembros y las empresas públicas, cuya última modificación la constituye la Directiva 2005/81/CE, de 28 de noviembre de 2005, y la reciente Decisión de la Comisión 2005/842/CE, de 28 de noviembre de 2005, sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público. También resulta de interés, en este punto, la Comunicación de la Comisión relativa al Libro blanco sobre los servicios de interés general, de fecha 12 de mayo de 2004, y las consideraciones que realiza dicho documento sobre las empresas encargadas de prestarlos. En fecha 23 de febrero de 2005, el Comité de las Regiones ha emitido un dictamen sobre la mencionada Comunicación. *Vid.*, sobre esto último, Luis MIGUEZ MACHO, "Los servicios de interés general en la Unión Europea: Perspectivas de evolución. Comentario al Libro blanco de la Comisión sobre los servicios de interés general", en *Iustel, Revista General del Derecho Europeo*, núm. 8, octubre de 2005.

2. En especial, de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de noviembre de 1999 en el Asunto Teckal (Asunto C-107/98) y de la Sentencia de 11 de enero de 2005, Asunto Stadt Halle (C-26/03, Rec. p. I-0000), citadas con profusión tanto por el TJCE como por la abogado general en el marco del Asunto Parking Brixen.

dentro del ámbito objetivo de las directivas sobre contratación pública o para la gestión directa de servicios públicos locales.

Los casos resueltos, tanto por la Sentencia nuclear de 13 de octubre de 2005 (Sentencia Parking Brixen) como por la posterior de 10 de noviembre del mismo año (Sentencia Mödling), no concernían a supuestos desarrollados en el Estado español. Sin embargo, podemos augurar que la doctrina reflejada en las mismas contribuirá decisivamente a acotar nuestra forma de concebir la gestión directa de servicios públicos y de actividades económicas de interés local mediante el empleo de sociedades mercantiles filiales de las correspondientes corporaciones locales. Desde una perspectiva eminentemente práctica, bien harán los operadores jurídicos tomando en consideración dicha doctrina y los supuestos que dan lugar a la misma, en la medida que reflejan la posibilidad real de que, en determinadas circunstancias, cualquier operador privado interesado en desarrollar la actividad que se ha encomendado directamente a una sociedad filial del ente local titular del servicio pueda lograr una resolución judicial que declare contrario a derecho el encargo directo realizado.

Por lo demás, para acabar con estas líneas introductorias, debo advertir al lector que mi objetivo no puede extenderse, en estos momentos, más allá del ofrecimiento de una crónica dotada de una cierta dosis de reflexión que, espero, sea de utilidad, por sí misma, para tomar contacto con la problemática que refleja, sobre todo, la Sentencia Parking Brixen y, en consecuencia, para tomar conciencia de determinados aspectos y, en su caso, cautelas que deben tenerse presentes a la hora de instrumentar un sistema de gestión directa a través de sociedad mercantil local. Con toda seguridad, la literatura jurídica dará lugar a comentarios y análisis más detallados y cualificados sobre la misma cuestión.³

2. Los antecedentes de la Sentencia Parking Brixen

a) Una ley regional italiana⁴ contemplaba, como formas de organización para la gestión de servicios públicos locales con relevancia económica y empresarial:

–Las empresas especiales o propias.

–Las sociedades mercantiles, en las que el ente público, partícipe mayoritario, ejercía una influencia decisiva.

–La concesión a terceros, previo procedimiento de licitación.

3. Conviene también advertir, aunque resulte obvio, que las páginas que siguen exponen el contenido de la Sentencia Parking Brixen (junto con las conclusiones de la abogada general que la preceden), y, en menor medida, de la Sentencia Mödling, de forma no estrictamente literal, salvo por lo que se refiere a los párrafos en cursiva y entrecuadrados que he situado en los lugares que he estimado más oportunos. En consecuencia, junto al hecho, entiendo que positivo, de ofrecer al lector una exposición estructurada y tendencialmente didáctica, basada en mi personal apreciación del contenido de

Un decreto legislativo estatal posterior⁵ permitió a los municipios transformar sus empresas especiales en sociedades anónimas y permanecer, en ellas, como accionista único, durante un periodo que no podía superar los dos años a partir de la fecha de transformación.

b) El municipio de Brixen había encomendado a una empresa especial suya –dotada de personalidad jurídica propia y autonomía empresarial– la gestión de diversos servicios públicos locales. Según se deduce, sin mayor detalle, de los diversos documentos manejados, el Consejo de Administración de la empresa especial era elegido por el Consejo Municipal y su actuación estaba sujeta a las directrices impartidas por éste.

c) El municipio transformó, al amparo del mencionado decreto legislativo estatal, en octubre de 2001, la empresa especial en una sociedad anónima (SBAG), la cual seguiría ostentando los mismos derechos y obligaciones de la empresa transformada.

Conviene destacar que con arreglo a los estatutos de la SBAG:

–El municipio continuaría siendo accionista mayoritario, incluso después de enajenarse parte de las acciones representativas del capital social de la compañía, enajenación que, en el momento de dictarse la Sentencia Parking Brixen, todavía no se había producido.

–Los miembros del Consejo de Administración eran elegidos por la Junta General de Accionistas, si bien el municipio siempre designaría a la mayoría de aquéllos. Igualmente, el municipio designaría a la mayoría de los miembros del Consejo de Vigilancia.

–El objeto social se extendía a numerosos ámbitos, que, además de los servicios públicos originarios, abarcaban los relativos al transporte, la informática y las telecomunicaciones y, todo ello, tanto a escala local, como nacional e internacional.

–El Consejo de Administración tenía atribuidas amplias facultades para realizar todo cuanto fuese necesario para la gestión ordinaria de la sociedad. No obstante, para constituir garantías y comprar y vender participaciones en otras sociedades necesitaba la autorización de la Junta General si la operación excedía de cinco millones de euros.

d) En noviembre de 2002 el municipio acordó, en cuanto a lo que aquí interesa, encomendar directamente a la SBAG la gestión de un aparcamiento de superficie dentro del término municipal. En aplicación de tal acuerdo, el municipio celebró, en diciembre del mismo

tales documentos, coexiste el dato, quizás menos positivo, de la conveniencia de examinar directamente los mismos y de extraer un juicio propio sobre ellos, por parte del lector más interesado.

4. Ley núm. 142, de 8 de junio de 1990, sobre organización de las entidades locales. El TJCE cita, asimismo, la Ley regional núm. 1, de 4 de enero de 1993, modificada por la núm. 10, de 23 de octubre de 1998.

5. Decreto legislativo núm. 267, de 18 de agosto de 2000, Texto refundido de la legislación en materia de organización de las entidades locales.

año, un convenio con la SBAG en virtud del cual se encomendaba a ésta la gestión del aparcamiento durante un plazo de nueve años. La gestión sería retribuida mediante tasas satisfechas por los usuarios y la SBAG satisfaría al municipio una compensación anual.

e) La sociedad Parking Brixen GmbH era concesionaria de la construcción y explotación de otro aparcamiento dentro del mismo municipio y recurrió ante un órgano jurisdiccional italiano contra el encargo directo realizado a la SBAG, solicitando la revocación del mismo, por entender que el municipio de Brixen debió aplicar las disposiciones en materia de licitación pública. Las demandantes en el mismo litigio negaban dicho extremo al considerar que el municipio tenía un control completo sobre la SBAG y que, por tanto, no se había producido una contratación pública con un tercero.

f) El tribunal italiano suspendió el procedimiento y planteó ante el TJCE dos cuestiones prejudiciales, que pueden sintetizarse del modo siguiente:

–Calificación de la relación entre el municipio y la SBAG, como contrato público de servicios o como concesión de servicios públicos.

–Caso de ser concesión de servicios públicos, si se ajustaba al Derecho comunitario una legislación, como la italiana, que permitía efectuar encargos directos, sin previa publicidad ni procedimiento público de licitación, a las sociedades mercantiles participadas mayoritariamente por los entes locales o a las sociedades mercantiles, de las características de la SBAG, participadas íntegramente por el municipio mientras no se produjera la necesaria enajenación a terceros de parte de las participaciones representativas del capital social.

El tribunal italiano entendía que la transformación había operado un manifiesto aumento de la autonomía en favor de la SBAG, al poder extender sus actividades incluso a escala nacional e internacional y al perderse el control y la influencia directos del Consejo Municipal, limitándose el control del municipio al margen de actuación del que disponen las mayorías en virtud del Derecho de sociedades. Por otra parte, se hacía notar que el Consejo de Administración de la compañía disponía de amplísimas facultades de gestión y podía realizar de forma autónoma, sin acuerdo de la Junta General, determinadas operaciones de hasta cinco millones de euros.

g) A la vista de todo ello, la abogada general, primero y, después, el TJCE analizarán, en primer lugar, ante qué tipo de relación jurídica nos encontramos (contrato público de servicios o concesión de servicios públicos locales), con el objetivo de determinar, en segundo lugar, las normas de Derecho comunitario aplicables al caso, en relación con una posible obligación de publicidad previa y de seguir un procedimiento público de licitación a efectos de adjudicar la gestión del aparcamiento que se había encargado directamente a la SBAG

y discernir, en tercer y último lugar, si, en el caso de que se trata, concurren circunstancias que permiten realizar un encargo directo a dicha compañía por concurrir, en forma acumulada, los denominados dos criterios Teckal –de los que nos ocuparemos posteriormente– y, consiguientemente, por estar ante una mera operación interna o *in house* y no ante una operación realizada con un tercero.

Veamos, ordenadamente, los distintos puntos, con especial detenimiento en los aspectos más relevantes.

3. Contratos públicos y concesiones otorgados por los entes territoriales a sus sociedades filiales. La obligación general de seguir un procedimiento público licitatorio y la excepción de encargo directo solamente en determinadas circunstancias, identificadas con los denominados “criterios Teckal”

3.1. Contrato público de servicios y concesión de servicio público

Como indicó la abogada general (apartado 26 de sus conclusiones):

“La petición de decisión prejudicial está dirigida, en esencia, a dilucidar si el Derecho comunitario establece criterios en relación con las operaciones entre entidades adjudicadoras y sus filiales y, en su caso, cuáles; éste es el objeto de la segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente. Ahora bien, con carácter previo habrá que examinar, en la primera cuestión prejudicial, de qué normas de Derecho comunitario deben inferirse las eventuales exigencias (de la Directiva 92/50 o de los principios generales del Derecho contenidos en el Tratado); para ello, será necesario distinguir entre contratos públicos de servicios y concesiones de servicios.”

El contrato público de servicios se sujetaba, en el momento del encargo realizado a la SBAG, a la Directiva 92/50. Actualmente se rige por la Directiva 2004/18/CE, anteriormente mencionada. De ambos textos se infiere que, para llegar a estar ante uno de esos contratos, basta que dos personas formalmente distintas, esto es, una entidad adjudicadora y un prestador de servicios, que puede ser, eventualmente, otra entidad adjudicadora, proyecten celebrar por escrito un contrato oneroso que, superando unos determinados umbrales, se dirija a la realización de cualquiera de los objetos señalados por la propia Directiva mediante una remuneración que satisface, en todo caso, la propia entidad adjudicadora, quien soporta también el riesgo de adquisición. Se resuelve, pues, con una relación meramente bilateral.

En cambio, en la concesión de servicios públicos el concesionario explota su propia prestación, generándose una relación triangular en la que la contraprestación satisfecha al concesionario por parte de la entidad adjudicadora consiste, precisamente, en la posibilidad de lle-

var a cabo dicha explotación a su riesgo y ventura, de la que, a su vez, surgirá el derecho de obtener una remuneración normalmente de los usuarios del servicio.

A la vista de la anterior distinción, tanto la abogado general como la Sentencia Parking Brixen llegan, respectivamente, a la misma conclusión y decisión sobre esta primera cuestión. En términos de la primera:

“No constituye un contrato público de servicios a efectos de 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, sino una concesión de servicios no comprendida por dicha Directiva, el hecho de que una entidad adjudicadora encomiende a una empresa la explotación de un aparcamiento público, dicha tal empresa pueda cobrar una tasa por el uso del aparcamiento y, a cambio, ésta se comprometa a pagar a la entidad adjudicadora una compensación anual.”

3.2. Sujeción de la concesión de servicio público a los principios del Tratado UE que imponen obligaciones de publicidad y de licitación transparente

Repárese en la afirmación consistente en que la concesión de servicios públicos no viene sometida, como tal, a las directivas de contratación pública, según confirmó ya el Auto del TJCE de 30 de mayo de 2002, citado por la propia Sentencia Parking Brixen, y ratifica hoy la Directiva 2004/18/CE como puede verse a continuación.

Con arreglo al artículo 1.2.a) de esta última Directiva:

“Son ‘contratos públicos’ los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios de los poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva.”

Son contratos de servicios, en el sentido de la misma [artículo 1.2.d)], los contratos públicos:

“[...] distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo III.”

Por otra parte (apartado 4 del mismo artículo 1):

“La ‘concesión de servicios’ es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio” (se entiende que preservando el riesgo y ventura del concesionario).

Sin embargo, el artículo 17 de la Directiva 2004/18/CE establece, asimismo, con claridad, que:

“Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 3 (principio de no-discriminación en los contratos de suministro que adjudique el concesionario a terceros), la presente Directiva no será aplica-

ble a las concesiones de servicios definidas en el apartado 4 del artículo 1.”

Ahora bien, el hecho de que la concesión de servicios públicos no sea contrato público a efectos de las directivas, no supone que no sea un contrato ni, lo que es más importante, que esté exenta de la aplicación de determinadas normas del Tratado UE, normas que, a la postre, son las que inspiran las soluciones de las directivas sobre contratación pública y que generan, como regla general, la necesidad de previa publicidad y de seguir un procedimiento público de licitación para adjudicar uno u otro tipo de contrato, sometido o no a dichas directivas.

Esto es lo que, en resumidas cuentas y con otras palabras, afirman tanto la abogado general como la propia Sentencia Parking Brixen cuando invocan, en lo fundamental, los principios que, a nivel de contratos públicos, recoge el considerando (2) de la repetida Directiva 2004/18/CE, con arreglo al cual:

“La adjudicación de los contratos celebrados en los estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada [lo mismo reza para las concesiones de servicios públicos] al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no-discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública [...]”

Los mencionados principios del Tratado (primera parte del considerando que se acaba de citar) son, pues, según confirma la Sentencia Parking Brixen, aplicables también a las concesiones de servicio público, pero como éstas no se rigen por las directivas de contratación pública (inspiradas también en aquellos principios), la abogado general se ve obligada a precisar (apartado 37 de las conclusiones) que:

“Todo ello no significa en modo alguno que deba llegarse a la aplicación de un procedimiento comparable en todos sus pormenores a las directivas en materia de contratos públicos [...] la obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.”

Por su parte, el TJCE (apartado 50 de la Sentencia Parking Brixen) afirma, al respecto, que:

“Corresponde a la autoridad pública concedente apreciar, bajo el control de los tribunales competentes, la adecuación de las modalidades de licitación a las particularidades de cada concesión de servicios públicos. Sin embargo, la falta total de licitación en la adjudicación de una concesión de servicios públicos como la que es objeto del caso de autos no responde a los requisitos de los artículos 43 de la CE (libertad de establecimiento) y 49 de la CE (libre prestación de servicios) ni a los principios de igualdad de trato, no-discriminación y transparencia.”

3.3. El encargo directo a una sociedad mercantil local exige la superación de los denominados “criterios Teckal”

Así las cosas, debe ahora subrayarse, como late ya en las líneas anteriores, que el dato consistente en que una entidad adjudicadora encargue la ejecución de un objeto coincidente con el descrito por las directivas de contratación pública o la gestión de un servicio público a una mercantil cien por cien suya, no excluye, *per se*, la idea de contrato entre personas jurídicas distintas. Dicho en otras palabras, el Derecho comunitario parte, también, en tales supuestos, de la idea de contrato que sólo excepcionalmente dejará de sujetarse a las citadas directivas o a los principios pertinentes del Tratado en el supuesto de que la mercantil cien por cien municipal pueda considerarse medio propio y no tercero respecto de la entidad adjudicadora local. En este último caso, estaremos ante una operación interna y no ante una adjudicación externa sujeta a tales directivas o principios pertinentes.

Ahora bien, como indica la abogado general en el apartado 44 de sus conclusiones, ello ocurrirá solamente cuando se cumplan dos criterios cumulativos desarrollados por la jurisprudencia comunitaria:

–La entidad adjudicadora debe ejercer sobre su contraparte un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (primer criterio Teckal).

–Esta contraparte debe, a su vez, realizar la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades adjudicadoras que poseen sus participaciones sociales (segundo criterio Teckal).

Como indica el TJCE (apartado 62 de la Sentencia Parking Brixen), trasladando la idea a las concesiones de servicio público:

“Por consiguiente, en el ámbito de las concesiones de servicios públicos estará excluida la aplicación de lo dispuesto en los artículos 12 de la CE (prohibición de discriminación por razón de nacionalidad), 43 de la CE y 49 de la CE, así como de los principios generales cuya expresión específica constituyen dichos artículos, en el supuesto de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza, sobre la entidad concesionaria, un

control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad a que pertenece.”

Siempre sin perder de vista que (apartado 63 de la Sentencia Parking Brixen):

“Dado que se trata de una excepción a las normas generales del Derecho comunitario, ambos requisitos expuestos en el apartado anterior deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella [...]”

Con esta última advertencia, procede, pues, acto seguido, analizar la aplicación de los dos criterios Teckal al supuesto enjuiciado por la Sentencia Parking Brixen. Es en este punto donde se aprecia una discrepancia, que lleva, en última instancia, a conclusiones y a declaraciones distintas, en el modo de entender la cuestión por parte de la abogado general y por parte del TJCE en la propia Sentencia.

Ambos coinciden en que los criterios Teckal deben apreciarse teniendo en cuenta el conjunto de las disposiciones legales y de las circunstancias concurrentes en cada caso. Pero, al mismo tiempo, ambos discrepan tanto en la apreciación de dichas circunstancias en el supuesto que nos ocupa como en el entendimiento de algunos de los principios jurídicos clave en los que debe apoyarse la resolución del mismo.

Por lo demás, debe advertirse que, en cuanto a la descripción de las mencionadas circunstancias (tipo exacto de control ejercido por el municipio y de actividad desarrollada por la sociedad municipal), ni las conclusiones de la abogado general ni los distintos apartados de la Sentencia arrojan plena claridad sobre cada uno de los pormenores del asunto que resultan relevantes para abordar dicha resolución. Debemos, pues, conformarnos, con algunas afirmaciones genéricas –no exactamente imputables a este cronista– realizadas sin ulterior precisión que, si bien deben llevarnos a una cierta cautela a la hora de extrapolar la doctrina de la Sentencia Parking Brixen a otros supuestos de la realidad práctica, no por ello dejan de ser suficientemente ilustrativas en términos generales y de gran utilidad y relevancia para la valoración de estos otros posibles supuestos.

4. El primer criterio Teckal. Para poder realizar un encargo directo, la entidad local adjudicadora debe tener sobre la mercantil adjudicataria un control análogo al que tiene sobre sus propios servicios

4.1. Advertencia previa. Los dos criterios Teckal están presididos por una idea o factor común: vinculación o dependencia del medio propio versus autonomía material del tercero

Entiendo que esta advertencia previa, a pesar de la aparente evidencia de la idea formulada a través de la

misma, resulta de utilidad a la vista de la sistemática, no homogénea, que siguen los escritos de la abogado general y la Sentencia Parking Brixen.

La abogado general, desglosa, en efecto, el análisis del supuesto a través de los dos criterios Teckal, de suerte que, al tratar del primero, se ciñe al aspecto del control ejercido sobre la sociedad mercantil local y, en definitiva, a valorar si, habida cuenta la existencia de una titularidad íntegra de las acciones por parte del municipio, resulta suficiente –para cumplir con el primer criterio Teckal– que el ente local pueda desplegar sobre su sociedad el abanico de recursos que ofrece el Derecho de sociedades a cualquier accionista único, tema este, por otra parte, crucial para la resolución del caso planteado. Es a través del análisis del segundo criterio Teckal cuando la abogado general realiza las reflexiones pertinentes sobre el tipo de actividad que realiza la SBAG, incluyendo los aspectos relativos a dónde y para quién la desarrolla, y esboza la idea consistente en que una sociedad que actúa en el mercado y para el mercado como cualquier tercero debe ser tratada como tal, excluyendo, por tanto, la posibilidad de realizar con la misma operaciones meramente internas exentas de publicidad y procedimiento licitatorio. En todo caso, adelantemos que la conclusión final de la abogado general es favorable a la consideración de la SBAG como medio propio del municipio de Brixen.

En cambio, el TJCE desarrolla únicamente, en relación con el caso planteado, el primer criterio Teckal, en la medida que, al llegar dicho Tribunal a la conclusión de que el primer criterio ya no se cumple en el supuesto concreto, resulta innecesario pasar al análisis del segundo criterio Teckal. No obstante, cabe reparar en el hecho de que el TJCE, para descartar la existencia de un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios en el caso de que se trata, toma en consideración, conjuntamente –cierto que con intensidad dispar respecto de cada una de ellas– todas las circunstancias que rodean la estructura y el funcionamiento de la SBAG, de modo que, al observar en esta sociedad un amplio grado de autonomía decisoria y, adicionalmente, una fuerte vocación de mercado (ahí se introduce la mención al tipo de actividad de la sociedad y al ámbito territorial donde la misma se realiza) acaba negándole la condición de medio propio del municipio.

Con cuanto acaba de indicarse quieren resaltarse dos tipos de consideraciones. En primer lugar que resulta trascendental, en todo caso, el dato de que la sociedad mercantil local en cuestión esté o no volcada al mercado, realizando, en este último caso, con personas distintas del propio municipio titular de las participaciones sociales (sean esas personas de carácter público o privado) operaciones que no se identifiquen con aquellas que constituyen la prestación de un servicio público local a los vecinos del municipio. En segundo lugar, que

se efectúe el análisis de tal factor (vocación de mercado), bien dentro del primer criterio Teckal (control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios, que faltaría si la sociedad es de mercado), bien dentro del segundo criterio Teckal (ejercer la parte sustancial de la actividad para el ente o entes públicos titular o titulares de las acciones, aspecto que no se daría si la sociedad local está volcada al mercado), lo cierto es que todo el análisis está presidido por una idea común: los dos criterios Teckal intentan asegurar la idea de vinculación o dependencia del medio propio respecto del ente local, evitando que se considere como medio propio la empresa pública que se comporte con autonomía o independencia real, falta de dependencia que aparecerá cuando la sociedad en cuestión actúe en el mercado de modo similar a como lo hace cualquier tercero.

4.2. Una participación privada en la sociedad mercantil, por minoritaria que sea, rompe la posible existencia del primer criterio Teckal. Referencia a la reciente Sentencia Mödling

Uno de los datos que tenía en cuenta el órgano jurisdiccional italiano remitente para dudar del carácter de medio propio de la SBAG consistía en la obligación legal existente en orden a enajenar parte de las acciones de titularidad municipal en favor de terceros.

A su vez, tanto el órgano remitente como la abogado general y el TJCE tenían bien presente la doctrina sentada a través de la Sentencia TJCE dictada en el caso Stadt Halle que, posteriormente, ratificaría la Sentencia Mödling del propio TJCE: cualquier participación de un tercero, junto con la participación local, en el capital de una sociedad mercantil, por muy minoritaria que sea aquella, comporta automáticamente que no se entienda cumplido el primer criterio Teckal. Dicho en otros términos, una participación minoritaria de un particular excluye de raíz que el ente local pueda ejercer sobre la sociedad mayoritariamente participada por el mismo un control análogo al que podría ejercer sobre sus propios servicios.

Ello es así, según recuerda la abogado general, porque (apartados 53 y 54 de sus conclusiones):

“[...] la presencia de un particular presupone siempre una mínima consideración de los intereses económicos de éste por parte de los poderes públicos (en efecto, sólo entonces pondrá el particular a disposición de los poderes públicos su *know how* o su capacidad financiera). Así pues, si un particular, en su caso tras una licitación pública, participa en una empresa, la consideración de sus intereses económicos puede impedir que la Administración haga prevalecer plenamente sus intereses públicos, aun cuando esto sea posible desde un punto de vista estrictamente jurídico. En virtud de esa relación entre intereses públicos y privados se diferencian básicamente las denominadas empresas de economía mixta de los meros servicios de la Administración.

“Así pues, dado que los poderes públicos no pueden ejercer sobre las empresas de economía mixta un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, todos los negocios jurídicos de las entidades adjudicadoras con sus filiales de economía mixta están sujetos en principio a las exigencias de la normativa en materia de contratos públicos, en particular a la prohibición de discriminación y a la obligación de transparencia.”

Por lo tanto, si cualquier participación de tercero en el capital social, por las razones que acaban de transcribirse, excluye la aplicabilidad del primer criterio Teckal, resultaba importante determinar, para la resolución del supuesto enjuiciado, cuál era el momento relevante para decidir si existía o no obligación de seguir un procedimiento de licitación (momento del encargo directo a la SBAG, momento de la entrada del tercero en el capital...). Debemos recordar que, en nuestro caso, la empresa especial se había transformado en sociedad anónima en el año 2001 y, a pesar de que existía la obligación de enajenar parte de las acciones en un plazo máximo de dos años desde la transformación, en el momento de dictarse la Sentencia Parking Brixen (al revés de lo que veremos aconteció en el caso resuelto por la Sentencia Mödling), el capital seguía siendo cien por cien público.

A pesar de este último dato, la situación fue valorada de forma dispar. Todos estaban de acuerdo en que, siendo como regla general el momento relevante para dilucidar la cuestión el momento en que se realizaba el encargo a la sociedad mercantil, existían supuestos en que, por mediar un cierto grado de previsibilidad de enajenación de parte de las acciones a terceros, la sociedad debía considerarse ya como mixta, no exenta de licitación pública, porque, en ese momento de la adjudicación directa, ya se podía empezar a considerar la existencia de intereses de inversores privados. Ahora bien, mientras que el órgano remitente y la Comisión entendieron que la posibilidad de transformarse en mixta, en virtud de la obligación legal de enajenar, era suficiente a todos estos efectos, la abogada general entendió que, dadas las circunstancias del caso, ese solo dato era insuficiente para romper el carácter de medio propio de la SBAG. Por su parte, el TJCE no entró detalladamente en ese aspecto, sino que

simplemente lo tuvo en cuenta como un dato más del conjunto de circunstancias para negarle a la SBAG ese carácter de medio propio.

La abogada general indicó que el grado de previsibilidad de la transformación en mixta de la sociedad, para ser relevante, debía asociarse a un cierto grado de seguridad e inmediatez, lo que no era evidente en este caso (apartados 59 y 60 de sus conclusiones):

“Sin embargo, de una disposición legal, como el artículo 115 del Decreto legislativo 267/2000, se deduce –a lo sumo– una obligación de vender las acciones dentro de un plazo determinado. Ahora bien, la cuestión de si debe producirse efectivamente dicha venta y la transmisión de las participaciones sociales a un tercero y de cuándo deben tener lugar estas operaciones depende de numerosas circunstancias sobre cuyo acaecimiento no cabe deducir nada de la mera existencia de esta obligación legal. En particular, no cabe excluir en modo alguno que no aparezca ningún interesado en participar en la empresa de que se trata en las condiciones que se le propongan [...].

“Los intereses de las partes en aquel momento no son todavía comparables con los de una empresa de economía mixta. En efecto, mientras exista únicamente una obligación de proceder posteriormente a la apertura del capital de la filial, pero no se haya encontrado todavía un tercero concreto como socio, la entidad adjudicadora no se ve forzada todavía, a la hora de adjudicar contratos públicos o concesiones a su filial, a tener en consideración los intereses de este inversor privado.”

Además, frente a la preocupación que había manifestado la Comisión en el sentido de que, una vez realizado el encargo directo, surgiendo con ello una relación concesional de larga duración, entrara un tercero a participar en el capital social, la abogada general manifestó que bastaría, en tal caso, adoptar medidas adecuadas (pública licitación) en el momento de la elección del tercero, esto es, antes de transmitirse a éste la participación social.

Como se ha anticipado, los criterios de la Sentencia Teckal y, sobre todo, los más concretos de la Sentencia Stadt Halle sobre las empresas mixtas, se recogieron, de nuevo, con posterioridad a la Sentencia Parking Brixen, en la Sentencia del TJCE, de fecha 10 de noviembre de 2005, Asunto C-29/04, sociedad de eliminación de residuos del municipio de Mödling.

6. Concretamente, por lo que aquí interesa, los antecedentes del caso eran los siguientes:

–En mayo de 1999, el municipio de Mödling acuerda crear una sociedad para cumplir las obligaciones que le incumbían en virtud de una ley austriaca sobre gestión de residuos.

–En junio del mismo año se constituye la sociedad, cuyo capital pertenecía íntegramente al municipio.

–Tras un acuerdo municipal de encargo en exclusiva, el 15 de septiembre de 1999 el municipio, mediante un contrato por tiempo indefinido, encomienda a la sociedad municipal la recogida y el tratamiento de sus residuos, a cambio de una remuneración fija por cubo de basura o contenedor.

–El día 1 de octubre de 1999, esto es, menos de un mes desde el otorgamiento del contrato a la sociedad municipal, el municipio acuerda ceder el 49% de sus participaciones sociales en la sociedad municipal a otra sociedad privada. El acta de la reunión revelaba que, con anterioridad al otorgamiento del contrato de septiembre, se habían entablado conversaciones con representantes de sociedades privadas interesadas en colaborar en el ámbito de la actividad de la sociedad municipal, entre las cuales se encontraba la que, finalmente, adquirió del municipio parte de las participaciones sociales.

La sociedad (ya mixta) no inició sus operaciones hasta el 1 de diciembre de 1999, momento en que la sociedad privada ya participaba en su capital.

La peculiaridad del caso resuelto por esta última Sentencia reside en la realización de un encargo directo –en este supuesto se entendió que, por el objeto del encargo, podía estarse materialmente dentro de la Directiva 92/50, de servicios– a una sociedad que era propiedad, al cien por cien, del municipio adjudicador cuando éste realizó el encargo, pero que pasó a ser mixta en un corto espacio de tiempo, inferior a un mes, desde dicho momento. Quedó, además, demostrado en los autos que, en el momento de materializarse el encargo directo, el municipio estaba en plenas conversaciones con inversores privados que podían tener interés en adquirir parte del capital social.⁶

El Gobierno austriaco defendía, frente al criterio de la Comisión, que la constitución de la mercantil local, la celebración del contrato de eliminación de residuos con ella (esto es, a juicio de aquel Gobierno, con un medio propio del municipio) y la ulterior cesión de participaciones sociales a un tercero privado –sin perder de vista que el municipio se mantenía como accionista mayoritario– constituían tres transacciones distintas, ninguna de las cuales se incardinaba dentro del ámbito de las directivas de contratación pública ni contrariaban –siempre a juicio del Gobierno austriaco– los principios del Tratado.

Sin embargo, el TJCE, con un cierto reproche de enmascaramiento o fraude por parte del municipio, apreció la cuestión de forma muy distinta (apartados 38 a 42 de la Sentencia Mödling):

“Sin que sea preciso analizar si resulta suficiente que el municipio de Mödling poseyera la totalidad del capital social de AbfallGmbH en la fecha de adjudicación del contrato público de servicios para demostrar que tal ente ejercía sobre AbfallGmbH un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, procede señalar que la fecha relevante en el caso de autos para apreciar si debían aplicarse las disposiciones de la Directiva 92/50 no es la fecha en la que efectivamente se adjudicó el contrato público en cuestión. Es cierto que por motivos de seguridad jurídica generalmente resulta necesario que la eventual obligación de la entidad adjudicadora de convocar una licitación pública se examine a la luz de las condiciones existentes en la fecha de la adjudicación del contrato público de que se trate, pero las circunstancias particulares del presente asunto requieren que se tomen en consideración los acontecimientos ocurridos con posterioridad.

“Procede recordar que la cesión del 49% de las participaciones sociales de AbfallGmbH tuvo lugar poco después de que se encargara a dicha sociedad, en exclusiva y por tiempo indefinido, la recogida y tratamiento de los residuos del municipio de Mödling. Además, AbfallGmbH sólo pasó a ser operacional después que Saubermarcher AG adquiriera una participación en su capital social.

“Así, ha quedado acreditado que a través de una construcción artificial de varias fases distintas [...] se adjudicó un contrato público de servicios a una empresa de economía mixta cuyo capital social estaba participado en un 49% por una empresa privada.

“Por consiguiente, es preciso examinar la adjudicación del referido contrato a la luz del conjunto de las tres fases y la finalidad de las mismas, y no en función del orden estrictamente cronológico en que éstas se produjeron, como propone el Gobierno austriaco.

“Examinar la adjudicación [...] como sugiere el Gobierno austriaco [...] menoscabaría el efecto útil de la Directiva 92/50. La consecución del objetivo que dicha Directiva pretende alcanzar, esto es, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los estados miembros, quedaría en entredicho si las entidades adjudicadoras pudieran recurrir a mecanismos dirigidos a enmascarar la adjudicación de contratos públicos de servicios a empresas mixtas.”

Hay que tener, además, en cuenta, como recuerda la propia Sentencia Mödling (apartado 48), que, con ese tipo de adjudicaciones directas a empresas mixtas, se estaría otorgando a la empresa privada que participa en el capital de la empresa pública una ventaja –inaceptable desde el punto de vista jurídico– en relación con sus competidores.

En definitiva, y como cierre de este apartado, no deben perderse de vista dos cuestiones. La primera reside en el dato de exigirse como requisito mínimo para considerar a una mercantil como medio propio de un municipio el hecho de que este último sea el titular del cien por cien de las acciones, sin que baste la mayoría accionarial por muy cualificada que sea. En el siguiente apartado veremos que, sin embargo, dicho requisito mínimo puede no ser suficiente para cumplir el primer criterio Teckal. La segunda consiste en reparar en el dato consistente en que un grado suficiente de previsibilidad, cuando se realiza el encargo, sobre la futura entrada de un accionista privado –con todas las dificultades de delimitación de lo que pueda considerarse como suficientemente previsible– comporta que la sociedad ya no pueda considerarse medio propio, ni, por tanto, ser destinataria de un encargo directo de gestión. Por supuesto, el encargo directo es jurídicamente atacable cuando, por las circunstancias en que se produce, puede estimarse fraudulento.

4.3. La participación cien por cien local, es, pues, requisito mínimo para dar por cumplido el primer criterio Teckal. No obstante, tal participación íntegra puede no ser suficiente

Que la entidad adjudicadora sea propietaria al cien por cien de las participaciones sociales es, pues, requisito mínimo para poder entender que el ente local ostenta sobre su sociedad mercantil un control análogo al que

puede ejercer sobre sus propios servicios. Ahora bien, con diferente grado de intensidad en las conclusiones de la abogado general y en las consideraciones de la Sentencia Parking Brixen, conviene retener que ese solo e importante dato puede no ser suficiente para afirmar la existencia de tal control análogo.

Es precisamente en el análisis de este punto cuando, como se ha apuntado, la abogado general se centra en el grado de autonomía de gestión de los órganos societarios, mientras que el TJCE se extiende a considerar el resto de circunstancias, estructurales y concernientes a la actividad, que acompañan a la existencia de la SBAG.

El órgano remitente había subrayado que la empresa especial estaba sometida al control e influencia directos del Consejo Municipal (sin especificar exactamente en qué consistían tal control e influencia). A juicio de aquél, con la transformación en sociedad anónima, se había producido una notable disminución de la dependencia y un notable incremento de la autonomía de la sociedad instrumental, en la medida que el Consejo de Administración disfrutaba de las más amplias facultades de gestión ordinaria hasta un importe de cinco millones de euros por operación y que el único accionista de la sociedad tenía simplemente los recursos de control que son propios del accionista en el Derecho de sociedades. El texto de la Sentencia no entra, a estos efectos, en mayor detalle.

La abogado general, después de dejar sentado que el tema del control atiende, en este contexto, al ámbito de las relaciones internas entre el ente local y su sociedad, se pregunta, en primer lugar, por el tipo de control que debe poder ejercerse sobre una mercantil local para poder identificar, en el sentido de la Sentencia Teckal, un control análogo al ejercido sobre los propios servicios. Y, en este punto, aquélla subraya que lo importante es la posibilidad efectiva de ejercer influencia sobre la filial. Ahora bien, no es preciso que dicha influencia se canalice a través de los mismos instrumentos jurídicos que pueden utilizarse ante los servicios propios (potestad de impartir instrucciones o –utilizando los términos de la abogado general– de controlar y revisar decisiones con la ayuda de las facultades de vigilancia), sino que basta una posibilidad efectiva de influencia de modo que pueda garantizarse que se cumplirán plenamente, en todo momento y sin cortapisas, los intereses públicos que tutela la entidad adjudicadora.

Según los apartados 67, 72 y 73 de las conclusiones de la abogado general:

“Las facultades de impartir instrucciones o de vigilancia podrían constituir la excepción en la relación con los órganos de dirección de las empresas públicas, en cualquier caso cuando éstas están organizadas bajo la forma jurídica de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada. Así pues, si se exigiera que el titular de participaciones de Derecho público tenga

frente a su contraparte las mismas posibilidades jurídicas de ejercer influencia que con respecto a sus propios servicios, casi nunca podría cumplirse el primer criterio Teckal, en relación con las sociedades de capital organizadas conforme al Derecho privado [...].

“En cualquier caso, la jurisprudencia Teckal apunta, con la expresión ‘un control análogo [...]’ a que las posibilidades de ejercer influencia sobre los servicios propios y empresas públicas no deben ser idénticas. El elemento decisivo para la posibilidad de comparar una empresa con un servicio administrativo o bien con otros operadores de mercado no estriba en si los poderes públicos, considerados desde un punto de vista formal, disponen de las mismas posibilidades jurídicas de influencia que con respecto a sus propios servicios, por ejemplo, la potestad de impartir instrucciones en casos concretos. Lo decisivo consiste, antes bien, en si la entidad adjudicadora pública está efectivamente en condiciones de llevar plenamente a cabo en todo momento sus objetivos de interés público en el seno de esta empresa. Sólo cuando una empresa es realmente tan independiente (autónoma) que la entidad adjudicadora ya no esté en condiciones de desarrollar plenamente en ella sus objetivos de interés público, no cabe hablar ya de un control análogo al ejercido sobre los propios servicios.

“Esta tesis orientada en función de los intereses se pone particularmente de manifiesto en la Sentencia Stadt Halle, en la que, al objeto de interpretar el primer criterio Teckal, se toma como referencia determinante la persecución de objetivos de interés público. En el sentido de la Sentencia Stadt Halle, la exigencia de hacer prevalecer estos intereses públicos determina cuáles son las posibilidades de influencia que los poderes públicos necesitan efectivamente frente a sus servicios.”

Para la abogado general existen posibilidades efectivas de influencia cuando el municipio es titular al cien por cien de las acciones y puede, en consecuencia, ejercer plenamente las posibilidades de control que ofrece el Derecho de sociedades (apartados 74 y 75 de sus conclusiones):

“[...] si la entidad adjudicadora es el único socio de su filial, sus intereses y los de ésta podrán considerarse normalmente coincidentes en lo esencial, aunque la filial esté organizada bajo la forma de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada. En particular, el socio único participa económicamente al cien por cien en el beneficio obtenido y puede decidir solo sobre su aplicación.

“[...] la salvaguarda de los intereses públicos en la sociedad puede garantizarse suficientemente sin necesidad de una potestad de impartir instrucciones en sentido técnico y simplemente con los recursos que ofrece el Derecho de sociedades y, en particular, con la presencia exclusiva de representantes nombrados por los

poderes públicos en los órganos de la sociedad. Parece muy poco probable que estos órganos, que por regla general se caracterizan además por una estrecha vinculación personal con los poderes públicos, se apartasen en la gestión ordinaria de las previsiones del ente que los nombró de una forma tal que pudiera frustrar la salvaguardia de los intereses públicos. Las personas que ocupasen los cargos en cuestión quedarían además expuestas a ser cesadas, o, en cualquier caso, a no ser nombradas de nuevo en el futuro.”

Para la abogado general, por tanto, la ausencia de accionistas privados y, en consecuencia, el hecho de que el municipio sea socio único de su sociedad instrumental, con las posibilidades que de tal situación derivan del Derecho de sociedades, viene a ser, de ordinario, suficiente para cubrir el primer criterio Teckal. De otro modo, nos dice, si se exigiera prácticamente el mismo control que puede ejercer el municipio sobre sus servicios ordinarios, incluyendo los mismos instrumentos formales o jurídicos a través de los cuales se canaliza dicho control, podría esterilizarse la eficiencia del medio propio o transformarse en prácticamente imposible la superación del primer criterio Teckal.

El TJCE, en cambio, parece alinearse con el órgano jurisdiccional remitente y realiza, en sede de análisis del criterio de control, una valoración muy genérica sobre las distintas circunstancias concurrentes en la SBAG, respecto de las cuales se intuye una muy especial consideración de aquellas circunstancias relativas a las características de la actividad desarrollada por la SBAG y, de nuevo, a las facultades de su Consejo de Administración.

El TJCE afirma, en un sentido positivo, que hay control análogo cuando la entidad adjudicadora puede influir en forma determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes.

Observa aquél la existencia de dicho tipo de influencia sobre la empresa especial, antes de ser transformada, por dedicarse a prestar servicios públicos locales (dependencia en cuanto a la actividad) y porque el municipio, además de dotar su capital y cubrir eventuales gastos sociales (dependencia económica), establecía la orientación general de la compañía, verificaba los resultados de su gestión y desempeñaba funciones de supervisión estratégica (dependencia en las decisiones y objetivos estratégicos de la empresa especial).

En cambio, el TJCE, ahora en un sentido negativo, indica (apartado 67 de la Sentencia Parking Brixen) que, con la transformación, la SBAG, “adquirió una vocación de mercado que pone en precario el control municipal”, destacando, como aspectos relevantes, la propia naturaleza jurídica de aquélla como sociedad anónima, la apertura obligatoria de su capital para dar entrada a terceros, la ampliación de su ámbito de actividad, que ahora se extendía a sectores como las telecomunicaciones y la

informática, el hecho de que pudiera ejercerse incluso en ámbito nacional e internacional y “los considerables poderes atribuidos al Consejo de Administración, sin que, en la práctica, el municipio ejerza ningún control sobre su gestión”.

En los apartados 68 a 70 de la Sentencia se insiste, únicamente, en este último punto, indicando que la existencia de importantes facultades en manos del Consejo de Administración, sin previo acuerdo de la Junta General de Accionistas, “muestra que la sociedad dispone de una amplia autonomía respecto de sus socios”. Y parece acoger las tesis del órgano remitente cuando subraya:

“[...] el control municipal sobre (la SBAG) se limita, esencialmente, a las medidas cuya adopción atribuye el Derecho de sociedades a la mayoría de los accionistas, lo cual reduce considerablemente la relación de dependencia que existía entre el municipio y la empresa especial [...], sobre todo si se tienen en cuenta (vuelve a insistir) las amplias facultades con que cuenta el consejo de administración [...].

“Cuando una entidad concesionaria dispone de un margen de autonomía de las características descritas en los apartados 67 a 69 de la presente Sentencia, no cabe entender que la autoridad pública concedente ejerce sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

“Dadas las circunstancias, y sin que sea necesario examinar la cuestión de si la entidad concesionaria realiza la parte esencial de su actividad junto con la autoridad pública concedente, no puede considerarse que la adjudicación de una concesión de servicios públicos por una autoridad pública a tal entidad constituya una operación interna de dicha autoridad, a la que no resulten aplicables las normas comunitarias.”

5. El segundo criterio Teckal. Para poder instrumentarse un encargo directo la mercantil adjudicataria debe realizar la parte esencial de su actividad para la entidad o las entidades adjudicadoras a que aquélla pertenece

Dado que para la abogado general sí se superaba el primer criterio Teckal, o criterio de ejercicio de un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios, aquélla entiende también necesario, al revés que el TJCE, entrar a examinar, con cierto detenimiento, si se supera o no el segundo criterio Teckal. Su respuesta sobre el segundo criterio también es positiva. Conviene detenerse en la exposición de sus argumentos, tanto por la utilidad que reporta ese examen autónomo para otros supuestos distintos del resuelto por la Sentencia Parking Brixen, como porque, según se ha adelantado, presenta puntos de conexión evidentes con los aspectos implicados en la valoración del primer criterio.

A efectos de valorar el cumplimiento del segundo criterio Teckal, la abogada general resta importancia a las previsiones estatutarias sobre el amplio ámbito de las actividades que puede ejercer la SBAG y sobre la posibilidad de su ejercicio incluso a nivel nacional e internacional. Destaca aquélla que es usual en los estatutos sociales de las distintas compañías establecer amplias posibilidades de actuación que no tienen por qué compadecerse con la actividad realmente realizada. Destaca, asimismo, que si hubiera que estar únicamente a las potenciales posibilidades legales y a las previsiones estatutaria sería prácticamente imposible poder superar el segundo de los criterios Teckal.

“Antes bien”, –dice el apartado 81 de las conclusiones, que enlaza con la idea de sociedad orientada o no al mercado– “basta con aplicar el criterio de la actividad efectiva de la empresa en cuestión. En efecto, con independencia de su forma de organización, la actividad efectivamente realizada por una empresa permite saber si tal empresa actúa del mismo modo que otras en el mercado o bien si está tan intensamente vinculada a los poderes públicos –nótese la contraposición de situaciones– que los contratos entre ella y la entidad adjudicadora pueden equipararse a operaciones internas y, en consecuencia, justifican una excepción a las disposiciones de la normativa en materia de contratos públicos.”

Centrados en el criterio de la actividad efectiva, debe tenerse en cuenta, además, no la totalidad de la misma, sino, únicamente, la parte fundamental (esencial) de dicha actividad, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo. Con arreglo al apartado 83 de las conclusiones que venimos describiendo:

“[...] Si una transacción corresponde a una operación interna, la contraparte de la entidad adjudicadora deberá desarrollar esencialmente su actividad, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo, con la entidad o entidades adjudicadoras que posean sus participaciones. Un primer indicio podrá ser, pues, el porcentaje del volumen de negocios que esta empresa obtenga con los encargos de sus titulares de participaciones de carácter público. Si una empresa [...] tiene varios ámbitos de actividad, habrá que tener también en cuenta en cuántos de estos ámbitos desarrolla la parte fundamental de su actividad para los titulares públicos de participaciones y qué importancia tienen estos ámbitos de actuación para la empresa.”

La poca certeza sobre los detalles reales del caso, que ya puse anteriormente de manifiesto, se refleja en la nota 67 de las conclusiones de la abogada general, cuando indica que debería examinarse el valor que tienen para la empresa los nuevos ámbitos de actuación (en particular informática y telecomunicaciones) y por encargo de quién actúa la empresa en estos campos, detalles sobre los que tampoco ofrece ninguna ilustración especial el texto de la Sentencia Parking Brixen.

Finalmente, por lo que se refiere al ámbito territorial de actuación, el apartado 84 de las conclusiones especifica que:

“[...] la mera circunstancia de que una empresa pública municipal actúe o pueda actuar más allá de los límites de un municipio no excluye necesariamente que desarrolle la parte fundamental de su actividad para dicho municipio. Antes bien, procedería examinar qué valor tiene, desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo, una eventual actuación de la empresa fuera de los límites municipales en comparación con la actividad para su titular o titulares de participaciones de Derecho público.”

6. Las soluciones, discordantes, de las conclusiones de la abogada general y de la Sentencia Parking Brixen. Proyección sobre la autonomía local

Sobre la base de todo lo expuesto, la parte dispositiva de la Sentencia Parking Brixen discurre en sentido distinto que las conclusiones de la abogada general.

Para la primera, y centrándonos en la parte relativa a los criterios Teckal:

“Los artículos 43 de la CE y 49 de la CE, así como los principios de igualdad de trato, no-discriminación y transparencia, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que una autoridad pública adjudique, sin licitación previa, una concesión de servicios públicos a una sociedad anónima constituida mediante la transformación de una empresa especial de dicha autoridad pública, sociedad anónima cuyo objeto social se ha ampliado a nuevos e importantes ámbitos, cuyo capital debe abrirse obligatoriamente a corto plazo a otros inversores, cuyo ámbito territorial de actividad se ha expandido a todo el país y al extranjero y cuyo Consejo de Administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercer de forma autónoma.”

En cambio, las conclusiones de la abogada general al respecto indicaban que:

“La concesión por un municipio a una sociedad anónima, de la que es único accionista, de la explotación de un aparcamiento público de pago sin llevar a cabo un procedimiento previo de licitación no vulnera los artículos 43 de la CE, 49 de la CE y 86 de la CE (respeto del Tratado en las relaciones entre los estados miembros y sus empresas públicas) si el municipio ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y dicha sociedad desarrolla una parte fundamental de su actividad para el municipio.

“El ejercicio de un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios no queda excluido porque el municipio esté legalmente obligado a abrir en el futuro, en un plazo determinado, el capital de la sociedad anónima a la participación de terceros o porque los órganos

de dicha sociedad disfruten de las más amplias facultades para la gestión ordinaria.

“No queda excluida la realización de la parte esencial de una actividad para el municipio porque, con arreglo a los estatutos de esta sociedad, su posible ámbito de actuación sea amplio desde un punto de vista material y geográfico; antes bien, habrá de tenerse en cuenta la actividad efectivamente realizada.”

Me han parecido sumamente ilustrativas e interesantes las reflexiones realizadas por parte de la abogado general, con anterioridad a sus conclusiones finales, y, sin duda, inspiradoras de estas últimas, en favor de la autonomía de los poderes públicos de los estados miembros y, en especial, de la autonomía local. Como hemos visto, la abogado general advierte, un par de veces, en sus conclusiones, que una interpretación y aplicación de los criterios Teckal excesivamente restrictivas pueden conducir, en la práctica y en la mayoría de los casos, a negar, de modo innecesario, la posibilidad de efectuar operaciones consideradas internas con sociedades mercantiles locales.

Pues bien, en esta línea, aparte de destacar (apartado 42 de las conclusiones), como punto de partida, que “los poderes públicos son libres para cumplir las funciones que les incumben con recursos propios, es decir, de forma interna, sin recurrir en modo alguno a prestaciones de empresas jurídicamente independientes, públicas o privadas”,⁷ la abogado general, en los apartados 68 a 71 y 80 de sus conclusiones, destaca los puntos siguientes:

–Si dificultamos considerablemente la gestión a través de sociedades mercantiles tan sólo quedaría, en esencia, elegir entre una privatización de las funciones de los entes locales (adjudicando a los mejores postores privados servicios tan sensibles como, por ejemplo, los de suministro de agua) y “la ejecución interna de tales funciones a través de servicios internos o sociedades municipales incluidas en la estructura jerárquica administrativa y carentes de autonomía digna de mención. En algunos casos, las filiales existentes podrían transformarse de nuevo, en un movimiento de retroceso, en empresas municipales” (distintas de las sociedades mercantiles locales). Con ello, se llegarían a desprestigiar las ventajas inherentes a la gestión realizada a través de las sociedades mercantiles locales, concretadas en aspectos tales como una mayor eficiencia, una mayor flexibilidad en materias como las de personal y un loable aumento de la transparencia en materia contable.

–“Sin embargo, una intervención tan amplia en la soberanía organizativa de los estados miembros, y en

particular en la autonomía de muchos municipios, no sería en modo alguno necesaria, ni siquiera con vistas a la función de apertura de mercado que desempeña la normativa en materia de contratos públicos. En efecto, la normativa de adjudicación de contratos públicos tiene por objeto garantizar una elección transparente y sin discriminaciones de los contratistas en todos los ámbitos en que los poderes públicos hayan decidido realizar determinadas funciones con la ayuda de terceros. En cambio, no responde ni al espíritu ni a la finalidad del Derecho de contratos públicos dar entrada ‘por la puerta de atrás’ a la privatización de funciones públicas que los poderes públicos deseen seguir atendiendo con recursos propios; para ello se necesitaría, antes bien, la adopción de medidas concretas de liberalización por parte del legislador.”

7. Recapitulación de ideas y cautelas a tener en cuenta al realizar encargos directos a una sociedad mercantil local

a) Debe tenerse presente la Sentencia Parking Brixen porque ofrece la interpretación del TJCE sobre el Derecho comunitario aplicable en relación con la posibilidad, que hasta hace bien poco parecía clara, de que una entidad local realice encargos directos para la ejecución del objeto material de un contrato público o para la gestión directa de un servicio público a una sociedad mercantil cuyo capital pertenece cien por cien a dicho ente local, esto es, a una sociedad mercantil local.

No debe perderse de vista que la Sentencia, valorando las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, acaba negando la posibilidad de que un municipio pueda encargar directamente a una sociedad cien por cien suya en el momento del encargo, la gestión de un servicio público de aparcamiento en superficie, dentro del propio término municipal y mediante la percepción, por parte de la sociedad, de las tarifas satisfechas por los usuarios, al tiempo que esta última satisfacía un canon anual a la corporación local.

Tampoco deberá olvidarse que la resolución del TJCE viene provocada por la impugnación del encargo directo, ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, interpuesta por parte de un operador privado, dedicado a la misma actividad, que sostenía la necesidad, en el caso de que se trataba, de seguir un procedimiento licitatorio público precedido de la correspondiente publicidad.

b) Es cierto que, a mi juicio, la Sentencia no arroja luz completa sobre detalles fácticos sumamente importan-

7. En idéntico sentido se pronuncia, con alguna matización, el punto 4.3 del Libro blanco sobre los servicios de interés general. *Vid.*, en la misma dirección, A. HUERGO LORA, “Libertad de empresa y la colaboración preferente de las administraciones con empresas públicas”, *Revista de Administración*

Pública, núm. 154, 2001, y J. ORTIZ MALLOL, “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración pública: Algunas notas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 163, 2004.

tes para comprender en toda su extensión el alcance del fallo y el potencial de extrapolación a otros supuestos de la doctrina contenida en la misma, como son, señaladamente, los pormenores relativos al control ejercitado, antes y después de la transformación, sobre la denominada empresa especial y la sociedad mercantil cien por cien local en que aquélla se transforma y los relativos a las circunstancias exactas de la actividad desarrollada por esta última.

Es cierto también que la Sentencia, en la que se afirma que hay que tener en cuenta la legislación interna aplicable y el conjunto de las circunstancias que concurren en cada caso, acaba teniendo en cuenta, efectivamente, toda una serie de elementos especiales relacionados con la estructura y la actividad de la sociedad mercantil local, pero sin explicitar, al menos en forma clara, el peso específico que cada uno de ellos tuvo en la decisión final, ni, por tanto, en qué medida hubiese afectado al sentido de su decisión la falta de uno o varios de tales elementos concretos.

Hay que advertir, en consecuencia, que no cabe hacer una fácil extrapolación del contenido de la Sentencia a otros supuestos que podamos encontrar en nuestra práctica diaria. Antes bien, deberemos ser muy cuidadosos en el análisis de todas las circunstancias del caso concreto a la vista del contenido de la Sentencia Parking Brixen. Sin embargo, cuanto acaba de indicarse no debe llevarnos a relativizar la importancia de la Sentencia ni a desconocer que la misma contiene parámetros suficientemente ilustrativos a la hora de enfrentarse con dicho análisis particularizado.

c) En Derecho comunitario, existiendo dos personas formalmente distintas, por mucho que ambas puedan ser entes adjudicadores o que una de ellas pueda ser filial de un poder adjudicador, existe un contrato público, sujeto a las directivas de contratos públicos, o un contrato de concesión de servicios públicos, sujeto directamente a los principios del Tratado, si una de tales personas distintas (ente adjudicatario o receptor del encargo) debe desarrollar para la entidad adjudicadora el objeto material de uno de aquellos contratos sujetos a las mencionadas directivas o la gestión de un servicio público sujeto a los principios del Tratado. En consecuencia, el contrato público o la concesión de servicio público deberá adjudicarse, como regla general, previa publicidad y seguimiento de un procedimiento licitatorio. El procedimiento relativo a la adjudicación de la concesión de servicio público, dada su sujeción directa al Tratado y su no-sujeción a las directivas de contratación pública, no tiene por qué ser exactamente el mismo, existiendo, en el caso de la concesión, un margen de apreciación de cumplimiento por parte del Estado miembro.

d) La expresada regla general tan sólo encuentra una excepción, que permite no aplicar las directivas de con-

tratación pública o los principios pertinentes del Tratado y, por tanto, no seguir un procedimiento licitatorio y proceder a un encargo directo, cuando se cumplen, cumulativamente, los denominados dos criterios Teckal, que dan lugar a identificar a un medio propio, esto es, que el ente o entes adjudicadores pueda/n ejercer sobre el adjudicatario (en nuestro caso, filial cien por cien del primero o sociedad totalmente participada por los entes adjudicadores) un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios y que el ente adjudicatario desarrolle la parte esencial de su actividad para el ente adjudicador. Precisamente por ser ésta una excepción a la regla general, la posibilidad de encargo directo debe apreciarse de una manera estricta y la prueba de concurrencia de aquellos dos criterios corresponde a quien pretende sostener la procedencia del encargo directo.

e) Cualquier participación privada, aun muy minoritaria, en el capital social de la sociedad mercantil adjudicataria transforma a esta última en tercero respecto del ente adjudicador y, por tanto, excluye que pueda hablarse de medio propio y de la posibilidad de considerar una operación de adjudicación meramente interna excluida de pública licitación. En supuestos de cierta inminencia de entrada de un tercero privado en el capital social de una mercantil que es cien por cien municipal, en el momento de realizar a ésta un encargo o adjudicación puede considerarse ya a la sociedad como si fuese mixta y quedar excluida, por tanto, la posibilidad de un encargo directo.

f) Teniendo en cuenta lo anterior, la posibilidad de encargo directo siempre parte de la base de que la sociedad adjudicataria o destinataria del mismo debe pertenecer totalmente al ente adjudicador. Ahora bien, con ello no se asegura automáticamente –y ahí una de las grandes llamadas de atención sobre las previsiones de nuestro ordenamiento interno, como veremos– el cumplimiento de los dos criterios Teckal ni la idea común que los preside en orden a que la mercantil adjudicataria debe ser realmente un ente fuertemente dependiente, un medio propio en suma, del ente adjudicador y no un ente no dependiente o autónomo, un tercero en suma, respecto de éste.

g) Para afirmar la dependencia, el carácter de medio propio, de la sociedad, el ente adjudicador debe estar en condiciones de ejercer una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos, en general, como sobre las decisiones singulares más importantes de aquélla, análogamente –no idénticamente– a lo que sucedería si la sociedad fuese un mero servicio interno de la corporación local. Tal como lo he entendido, pues no existe una consideración clara y directa al efecto, el TJCE acaba indicando que no bastan los recursos que ofrece el Derecho de sociedades al socio único de una compañía mercantil. Exige, pues, un cierto plus de con-

trol administrativo, al revés de lo que parece entender la abogadro general. En especial, no se entiende que exista la dependencia configuradora de un medio propio cuando el Consejo de Administración de la compañía puede, en forma autónoma, realizar cuantos actos de gestión sean necesarios para desarrollar el objeto social y puede, señaladamente, abordar operaciones significativas, de hasta cinco millones de euros, sin previa autorización.

h) Una sociedad, aun cien por cien municipal, que realice significativamente actividades en el mercado, incluso con vocación de mercado, rompe o pone en precario la dependencia necesaria para ser considerada medio propio de la corporación local adjudicadora titular del cien por cien de las participaciones sociales. A tales efectos, deben tenerse en cuenta las actividades no constitutivas de servicio público local, o, en general, las que se realicen fuera del término municipal y/o para terceros distintos de la corporación local adjudicadora, sean éstos públicos o privados, que no sean los usuarios naturales del servicio público de que se trate. Ello no implica, desde la óptica del Derecho comunitario, que el considerado medio propio no pueda realizar ningún tipo de actividad para terceros distintos de la entidad titular de su capital y/o fuera del territorio de ésta. Pero, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo, deberá realizar para la corporación local titular de las participaciones sociales la parte fundamental o esencial de la actividad. Aunque, a tal efecto, pueden no ser determinantes las simples previsiones estatutarias, por amplias que sean, siendo más importante el dato de la actividad efectivamente realizada, convendrá no efectuar previsiones estatutarias que resulten innecesarias para el desarrollo de esa actividad efectiva.

8. Algunas reflexiones finales a la luz del ordenamiento español

Decía al principio de esta crónica que la influencia del Derecho comunitario sobre nuestro ordenamiento administrativo se había hecho notar especialmente en los últimos años en forma de algunas condenas del TJCE al Reino de España por defectuosa transposición de las directivas en materia de contratación pública.

Por lo que aquí interesa, tales condenas han afectado a dos grupos de situaciones:

a) La consideración de determinado tipo de sociedades mercantiles del sector público como poder adjudicador, u organismo público en el sentido funcional del Derecho comunitario, a pesar de no tener dichas sociedades la característica de administraciones públicas (*vid.* artículo 2.1, disposición adicional sexta y disposición adicional decimosexta del TRLCAP, según la redacción dada a las dos primeros preceptos por el Real decreto ley 5/2005, de 11 de marzo, y al último de ellos por la Ley 62/03, de 30 de diciembre).

Baste decir, en este punto, que, para dicha consideración como poder adjudicador, además de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, las mencionadas sociedades deben estar mayoritariamente financiadas o controladas por un ente público, pero bastando, a tal efecto, un tipo de control que, si bien se mira, no llega a la exigencia de un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios, en el sentido y contexto del primer criterio Teckal.

b) Las situaciones que, en efecto, se han visto reformadas por influjo directo o indirecto de la doctrina comunitaria sobre los dos criterios Teckal. Así:

1) Fruto de la condena al Reino de España contenida en la Sentencia TJCE de 13 de enero de 2005, el Real decreto ley, ya citado, 5/2005, de 11 de marzo, atenuó la anterior exclusión, contenida en el artículo 3 (“Negocios y contratos excluidos”), apartado 1.c) del TRLCAP, en relación con los convenios interadministrativos de colaboración. Puesto que, por poner un ejemplo, entre dos entes públicos territoriales distintos no puede afirmarse que se cumplan los dos criterios Teckal, criterios estos que, estando ante un supuesto que caiga dentro del ámbito material de las directivas sobre contratación pública, son los únicos que habilitan para excluir la necesaria publicidad y seguimiento de un procedimiento licitatorio, el legislador español no ha tenido más remedio que “excluir de la exclusión” a los negocios interadministrativos que se refieran a materias que constituyan el objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o servicios, siempre que se superen determinados umbrales.

De esta reforma puede también subrayarse el dato consistente en que la sujeción de las administraciones públicas al ámbito de aplicación del TRLCAP no queda pulverizada, en sus efectos prácticos, por el mero hecho de que la contraparte sea otro poder adjudicador.

Ahora bien, a la vista de la doctrina que consolida la Sentencia Parking Brixen vuelve a ponerse de relieve que la reforma puede no ser suficiente para cumplir con una correcta transposición del Derecho comunitario. Sin ir más lejos, recuérdese que, de acuerdo con dicha Sentencia, también las concesiones de servicios públicos quedan afectadas, con arreglo a los principios del Tratado, por la necesidad de publicidad y procedimiento licitatorio si no se cumplen los dos requisitos Teckal. Salta a la vista que pueden existir concesiones de servicio público otorgadas por un ente territorial a otro (podemos encontrar buenas muestras de ello en nuestro Derecho histórico), como se reconoce expresamente para las concesiones de obra pública en los artículos 222, y 237.5 del TRLCAP. Parece, pues, poco discutible que las concesiones interadministrativas de servicio público quedan también al margen de la exclusión general del mencionado artículo 3.1.c) del TRLCAP, sin que, sin embargo, en su reforma, se haya efectuado mención alguna al respecto.

2) Sin duda, la doctrina Teckal ha influido también en la actual y expresa exclusión, del TRLCAP, de las encomiendas o encargos a medios propios. Así, el tantas veces citado Real decreto ley 5/2005 introdujo un nuevo apartado, el l), al apartado 1 del artículo 3 del TRLCAP, a tenor del cual:

“1. Quedan fuera del ámbito de la presente Ley:

“[...]”

“l) Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública.”

Se trata de encargos o encomiendas (a mi juicio, poco aporta ahora detenerse en un análisis sobre la eventual diferencia entre encomienda de tareas materiales o encargos de ejecución de un objeto contractual o de gestión directa de un servicio público) que realiza una administración pública, nótese, a un ente o, por lo que aquí interesa, sociedad cuyo capital pertenece total o íntegramente a la propia Administración pública que realiza la encomienda.

En consecuencia, con arreglo al apartado transcrito, leído a contrario –lo que resulta acorde con el derecho comunitario y los criterios Teckal– no quedan excluidos (no pueden, dicho de otro modo, realizarse sin publicidad y procedimiento licitatorio) los encargos que realice un ente adjudicador a una sociedad cuyo capital no le pertenezca íntegramente.

La necesidad de previa publicidad y procedimiento licitatorio ya estaba clara en nuestro Derecho, en relación con posibles adjudicaciones a empresas mixtas con presencia de capital privado, por muy mayoritaria que sea en ellas la participación del ente local, si bien quedan algunas previsiones de aportación o constitución directa de derechos sobre bienes públicos a favor de tales sociedades que, quizás, algún día, se tendrán que analizar teniendo en cuenta los principios del Tratado.

En relación con la imposibilidad de adjudicaciones directas de concesiones de servicio público a empresas mixtas, estén participadas por el propio ente adjudicador o por un ente adjudicador distinto, también quedó claro que dicha imposibilidad no podía burlarse mediante la interposición de un previo convenio interadministrativo de colaboración, relativo a la prestación de servicios vinculados al ciclo integral del agua, en cuya virtud un ayuntamiento distinto del titular del ser-

vicio ponía a disposición del ayuntamiento en cuyo término municipal iba a prestarse el mismo, una empresa mixta participada por el primero que, en última instancia, recibía el encargo directo de este último ayuntamiento. En este sentido, existen varios pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, dictados a raíz de la impugnación, tanto del convenio interadministrativo como del encargo directo a la empresa mixta, por parte de un operador privado del sector del agua, pronunciamientos que, recientemente, empiezan a encontrar confirmación por el propio Tribunal Supremo, como puede verse a través de la Sentencia del Alto Tribunal de 22 de abril de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª).

Por el contrario, no estaba tan claro, pero parece que ahora lo está, que un ente adjudicador no puede tener como medio propio, a efectos de la exclusión de las normas sobre contratación pública y concesiones, a la sociedad cuyo capital pertenece íntegramente a un ente adjudicador distinto.

Hasta aquí, puede afirmarse que toda la fenomenología que acaba de describirse ha dado lugar a los correspondientes análisis doctrinales. Son muchas las aportaciones sobre la consideración de determinado tipo de sociedades mercantiles como poder adjudicador y se empieza ya a vislumbrar algún estudio que conecta el aspecto anterior con el relativo al de los encargos directos a la sociedad mercantil local por parte de su ente local matriz.⁸

Lo que acaba de aportar, a mi juicio, la Sentencia Parking Brixen, con carácter no absolutamente innovador pero sí de forma clara, es que también hay que poner en entredicho la adecuación a Derecho comunitario de una legislación (o interpretación de la misma) que pretenda excluir absolutamente de la necesidad de publicidad y concurrencia todo encargo directo realizado, por parte de una corporación local, a una sociedad mercantil por el solo hecho de detentar aquella el cien por cien del capital social de esta última. Ya hemos visto que, para la doctrina que acaba de confirmar dicha Sentencia, este último dato de pertenencia total del capital es necesario pero puede no ser suficiente si no se superan, al mismo tiempo, los dos criterios Teckal: control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios internos; realización de la parte esencial

8. Buena muestra de este último tipo de análisis, ya integral, lo encontramos en E. MONTAÑA MARTÍN, “La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales. La contratación de las sociedades públicas locales”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 57, 2005, p. 65 y ss., si bien la autora, en lo que se refiere al análisis del impacto de la reforma introducida por el Real decreto ley 5/2005 en relación con los denominados *medios propios*, se detiene, básicamente, con abundancia de citas bibliográficas, en el aspecto apuntado en el texto relativo a que la sociedad medio propio de una Administración difícilmente puede serlo, a su vez, de otra que no participe en su capital social. En cambio, la autora no ha podido subrayar suficien-

temente en su magnífico trabajo, dadas las recientes fechas de la Sentencia Parking Brixen, el aspecto que fundamentalmente inspira esta crónica, en el sentido de que, como también se apuntará en el texto, la sociedad medio propio de una determinada corporación local puede también perder la condición de medio propio de esta corporación local a que pertenece si se dedica, en parte importante de su actividad, a trabajar para otras corporaciones locales o simplemente para terceros de naturaleza privada. Obviamente, lo dicho para las corporaciones locales vale también para el resto de las administraciones públicas.

de la actividad para el ente adjudicador titular del capital social.

Lo que nos viene a señalar, además, el contenido de la Sentencia Parking Brixen es que una sociedad mercantil local –de una determinada corporación local– volcada al mercado no sólo no puede contratar con otras administraciones públicas sin someterse a procedimientos licitatorios, sino que, más allá, en virtud del peso específico de su trabajo para terceros, puede llegar a perder su propia fisonomía de medio propio respecto de la corporación local poseedora del cien por cien de su capital social.

Y todo esto es, justamente, lo que no se vislumbra con claridad, en el ya citado artículo 3.1.I) del TRLCAP. Algo parecido ocurre con el artículo 154.2 del TRLCAP, cuando excluye la aplicación del régimen del contrato de gestión de servicios públicos, sin mayor matización, a los supuestos en que la gestión del servicio se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma. Y, finalmente, idéntica reflexión suscita, tanto en su antigua redacción como en la nueva, fruto de la reforma introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, el artículo 85 de la Ley reguladora de las bases del régimen local que, como es ya clásico, contraponen la gestión indirecta o contractual [artículo 85.2.B)] a la gestión propia, no contractual o directa [artículo 85.2.A)], dentro de la cual se incluye, también sin matización, no sólo el servicio prestado en forma centralizada, sino también el prestado en forma descentralizada, a través de:

“Sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma.”

Son muchos ya los interrogantes que provoca la doctrina Teckal, Stadt Halle, Parking Brixen y Mödling en relación con los preceptos que acaban de citarse⁹ y, sin

9. El objeto limitado de esta crónica nos permite solamente formular algunos de ellos, relacionados con los siguientes aspectos:

–La determinación del alcance de la posible utilización de sociedades conjuntas por parte de diversas administraciones públicas o de entes intermedios, tipo consorcio, que, a su vez, constituyen dichas sociedades, fenómenos que, *prima facie*, no se excluyen por la doctrina de las sentencias comunitarias citadas.

–La posibilidad de utilizar una sociedad de titularidad de una Administración pública como instrumento para la ejecución de un convenio suscrito con otra u otras administraciones públicas.

–Los encargos “inversos” realizados por la sociedad mercantil local a su ente matriz.

–La posible tensión derivada del deseo de no computar el endeudamiento de las sociedades mercantiles locales como propio del ente local matriz, para lo que es posible que se precise una cierta vocación de mercado por parte de aquélla, con el deseo de que la sociedad no pierda su carácter de medio propio.

–La valoración, en cada caso, de la probable superación del primer criterio Teckal (control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios) mediante una aplicación rigurosa de determinadas previsiones de nuestro ordenamiento en relación con las sociedades cien por cien locales. Esto es,

duda, pronto tendremos oportunidad de resaltar nuevas muestras de la determinante influencia que ejerce el Derecho comunitario, como se ha empezado diciendo en esta crónica, sobre el Derecho interno de la contratación pública, las concesiones y las relaciones entre los entes territoriales y sus empresas públicas. ■

el frecuente reconocimiento normativo de la sujeción de tales sociedades al Derecho mercantil, sin perjuicio de las funciones de dirección y vigilancia que se reserve la corporación local; la necesaria autorización previa de esta última para concertar operaciones de crédito a largo plazo, o su genérica sujeción (artículo 85.ter.1 de la LBRL) a determinados aspectos de la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de eficacia. No estoy afirmando con ello, en este momento, que con la simple aplicación de la citada normativa pueda darse por superado, sin más, el criterio de control análogo. No parece ayudar demasiado, para este fin, la aparente libertad que deja la actual redacción del artículo 85.ter.3 de la LBRL a los estatutos sociales en orden a la designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración de la sociedad mercantil local, aparente libertad que arroja dudas sobre la vigencia de la tradicional regla de identificación del Pleno de la corporación local con la Junta General societaria y que, de confirmarse, puede ayudar a obstaculizar, según la configuración final estatutaria de las relaciones entre la sociedad mercantil local y su ente local matriz, la superación del mencionado primer criterio Teckal. Habrá que superar, asimismo, no se olvide, el segundo criterio Teckal.

En fin, repito, se trata de cuestiones que en este momento simplemente puedo dejar enunciadas dado el alcance limitado de esta crónica.

La creación de municipios en Portugal: las razones de un reciente veto del presidente de la República. La importancia de la dimensión de los municipios para la consecución de una autonomía efectiva y para la adecuada prestación de los servicios públicos locales*

António Cândido de Oliveira
*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidade do Minho*

1. El veto presidencial a la modificación de la Ley de creación de municipios.
2. La vigente Ley de creación de municipios.
3. La organización territorial de los municipios en Portugal: el régimen liberal y la reforma territorial de 1836.
4. La organización territorial de los municipios en otros países de Europa.
5. La importancia de la dimensión de los municipios para la consecución de una autonomía efectiva y para la adecuada prestación de los servicios públicos locales.
6. Las razones del veto del presidente de la República a la modificación de la Ley de creación de municipios.

* El presente artículo ha sido traducido por Marcos Almeida Cerrada.

1. El veto presidencial a la modificación de la Ley de creación de municipios

La Asamblea de la República de Portugal (en adelante, AR) aprobó, en julio de 2003, una modificación de la Ley núm. 142/1985, de 18 de noviembre, Ley marco (“Lei-quadro”) de creación de municipios.

La modificación consistía en la adición al artículo 2 de la citada Ley de un segundo apartado. Éste comenzaba diciendo que la creación de nuevos municipios dependería de la verificación de los requisitos previstos en la citada Ley, pero añadía –y aquí radicaba la novedad–, que eso sería así, salvo en el caso de que existiesen notorias razones de interés nacional, fundamentadas en una particular relevancia de orden histórico-cultural, o cuando concurriese la decisión favorable de todos los órganos de los entes autónomos implicados.

Detrás de esta reforma, se hallaba la tentativa de creación, aprobada inicialmente por la AR, de dos municipios (Fátima en el centro del país, que incluía el Santuario Mariano de Fátima, y Canas de Senhorim, un poco más al norte, en el distrito de Viseu). Estos municipios no cumplían los requisitos exigidos por la ley, en especial, el número mínimo de votantes, ya que el futuro municipio de Canas de Senhorim tendría, aproximadamente, tan sólo 5.000 habitantes y el de Fátima contaría con poco más de 7.000.

El Decreto de la AR,* que contenía la antedicha modificación legislativa y que, en consecuencia, permitiría la sucesiva aprobación de las leyes de creación de ambos municipios, fue enviado para su promulgación al presidente de la República (en adelante, PR), trámite indispensable para que adquiriese el carácter de ley y para que pudiese ser publicado como tal.

El PR rechazó su promulgación, usando el poder de veto que le confiere la Constitución de la República Portuguesa (en adelante, CRP). En este sentido, hay que señalar que el artículo 136.1 de la CRP establece que el PR en el plazo de veinte días, contados desde la recepción de cualquier decreto que la AR le envíe para ser promulgado como ley, debe promulgarlo o ejercer el derecho de veto, solicitando, en este último caso, a la AR una nueva deliberación sobre el texto normativo a través de una comunicación motivada (“nova apreciação do diploma em mensagem fundamentada”). En el supuesto de que tenga lugar el veto, la AR puede confirmar el texto inicialmente remitido con el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los diputados que se

hallen en el pleno ejercicio de sus funciones (“em efectividade de funções”) y, en este caso, el PR tiene el deber constitucional de promulgar dicho texto en el plazo de ocho días a contar desde su recepción.

El veto a la modificación de la Ley núm. 142/1985 fue remitido por el PR a la AR acompañado de la preceptiva comunicación en la que explicaba las razones del mismo. Esta comunicación, fechada el 31 de julio de 2003, fue leída por el presidente de la AR en la reunión plenaria de la misma, celebrada el 18 de septiembre de 2003.¹

Antes de comentar dicho veto, que fue aceptado por la AR, es imprescindible, para enmarcar adecuadamente dicho comentario, exponer, aunque sea de forma sintética, el régimen vigente de la creación de municipios en Portugal y el proceso histórico de configuración del actual mapa municipal portugués.

2. La vigente Ley de creación de municipios

En Portugal, la primera y, hasta el momento, única ley sobre el régimen de creación de municipios, aprobada tras la promulgación de la Constitución de 1976, data del año 1985. Se trata de la ya mencionada Ley núm. 142/1985, de 18 de noviembre, la cual se mantiene en vigor prácticamente en su totalidad.²

De acuerdo con el artículo 2 de dicha norma, la AR, en la toma en consideración de las iniciativas que persigan la creación, extinción o modificación de municipios debe de tener en cuenta: a) la voluntad de las poblaciones afectadas, expresada a través de los respectivos órganos representativos; b) razones de índole histórica y cultural; c) factores geográficos, demográficos, económicos, sociales, culturales y administrativos y d) los intereses de orden nacional y regional o local concurrentes.

Según lo establecido por el artículo 3 de la citada Ley, no se podrá crear ningún municipio si se comprueba que sus ingresos, o los del municipio o municipios originarios, no son suficientes para garantizar el ejercicio de las competencias que cualquiera de ellos tenga atribuidas. Se puede observar, claramente, en este precepto el afán del legislador portugués por evitar que se creen pequeños municipios carentes de viabilidad económico-financiera.

Por su parte, el artículo 4 de la antedicha norma establece los requisitos mínimos que han de concurrir para que se pueda proceder a la creación de nuevos municipios, diferenciando, al hacerlo, entre zonas de alta y baja densidad poblacional, densidad poblacional que viene

* En Portugal, los proyectos y proposiciones de ley aprobados por la Asamblea de la República se denominan “Decretos da Assembleia da República” (NdT).

1. Cfr. Diario de la Asamblea de la República, I Serie, núm. 2, de 19 de septiembre de 2003, p. 60.

2. Las enmiendas que ha sufrido fueron, por una parte, la supresión de un

precepto que impedía la creación de municipios mientras no fuesen implantadas las regiones administrativas y, por otra parte, la letra b) del número 1 del artículo 4º que, en su redacción original, preveía que los municipios de nueva creación habrían de tener un territorio superior a 30 km², fue modificada de modo que, actualmente, se exige que dicho territorio sea de, al menos, 24 km².

determinada por la relación existente entre los votantes y el territorio de los municipios originarios. Así, este precepto exige un mínimo de 10.000 electores para la creación de un nuevo municipio en zonas de baja densidad poblacional, mientras que eleva dicho mínimo a 30.000 electores en zonas de alta densidad poblacional; cumulativamente, para la creación de un nuevo municipio exige un territorio mínimo de 24 km² en las zonas con alta densidad poblacional, mínimo que incrementa hasta 500 km² en las zonas con baja densidad poblacional.

No obstante, para la creación de un nuevo municipio, la Ley no considera suficiente la concurrencia de este mínimo de electores y de superficie territorial y, en el mismo artículo 4, exige, además, la existencia de un núcleo de población continuo que cuente con un mínimo de 5.000 electores (este mínimo es mayor cuando el municipio que se pretende crear vaya a estar enclavado en un zona con alta densidad poblacional) y un conjunto de diversas dotaciones públicas o de utilidad pública.

Dichas dotaciones son, en todos los municipios: sucursal bancaria; auditorio; parque de bomberos; centro de enseñanza primaria y secundaria; centro de enseñanza preescolar e infantil; oficina postal; farmacia; servicios hoteleros; parques y jardines públicos; consultorio médico con servicio de atención permanente (en los municipios con mayor población, centro de salud con servicio de atención permanente); y transportes públicos colectivos. En el caso de los municipios situados en zonas altamente pobladas, la Ley exige, además, la existencia de un pabellón de deportes y de un mercado.

Finalmente, además, el artículo 4.5, exige, por una parte, que el municipio que se vaya a crear goce de continuidad geográfica y, por otra parte, que no se halle enclavado dentro del municipio de donde será segregado, debiendo, en consecuencia, tener frontera con más de un municipio, excepto si linda con el mar o con España.

El proyecto o la proposición de ley de creación del nuevo municipio deberá ser respaldado por las asambleas de las parroquias (“assembleias de freguesia”) que van a formar parte de él.* En este proceso, habrá de darse audiencia a los municipios a los que pertenecen las parroquias que se van a segregar para integrar el nuevo municipio (artículo 5.2).

Admitido el proyecto o la proposición de ley, el presidente de la AR ordenará la iniciación del procedimiento en la correspondiente comisión parlamentaria, para comprobar, si, además de las condiciones contenidas en el artículo 2, se dan los requisitos geodemográficos a que se refiere el artículo 4 y si concurre la suficiencia

financiera del nuevo municipio y del municipio o municipios originarios que exige el artículo 3.

El Gobierno, al que habrá de comunicarse la iniciación del procedimiento de creación del nuevo municipio, presentará un informe elaborado por una comisión, apoyada técnicamente por los servicios competentes del Ministerio de Administración Interior (“Ministério da Administração Interna”), presidida, de acuerdo con el artículo 7, por un representante de éste y compuesta tanto por los miembros propuestos por las juntas de las parroquias (“juntas de freguesia”) que van a integrar el nuevo municipio, y por la comisión municipal (“câmara municipal”) del ayuntamiento o ayuntamientos de origen, como por representantes de la Inspección General de Finanzas (“Inspeção-Geral de Finanças”) y del Instituto Geográfico y Catastral (“Instituto Geográfico e Cadastral”).*

Este informe, según el artículo 8, ha de abordar las siguientes cuestiones: la viabilidad del nuevo municipio y del municipio o municipios de origen; la delimitación territorial del nuevo ente, para lo que se exige que se adjunte al informe la representación cartográfica en escala de 1:25.000 del territorio del municipio que se pretende crear; las alteraciones a introducir en el territorio del municipio o municipios de origen, lo que implica que el informe debe de ir acompañado de la correspondiente representación cartográfica a escala; determinación de la denominación, sede y categoría administrativa del futuro municipio, así como del distrito en el que se integrará; inventario de los bienes, derechos y obligaciones del municipio o municipios de origen que se van a transferir al nuevo municipio; determinación de unos criterios suficientemente precisos para la afectación e imputación al nuevo municipio de derechos y obligaciones, respectivamente.

La mayor parte de este informe deberá constar en la ley creadora del nuevo municipio. Además, de conformidad con el artículo 9, esta Ley, por un lado, deberá definir la composición de la comisión gestora que administrará, provisionalmente, el municipio recién creado y, por otro lado, tendrá que establecer el proceso electoral a seguir para la designación de los órganos representativos del mismo.

3. La organización territorial de los municipios en Portugal: el régimen liberal y la reforma territorial de 1836

La vigente Ley de creación de municipios debe ser examinada teniendo en cuenta la organización territorial de

* En el Derecho portugués, a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento español, las iniciativas legislativas se denominan proyecto de ley (“projecto de lei”) cuando son presentadas por los diputados o por los grupos parlamentarios y proposición de ley (“proposta de lei”) cuando proceden

del Gobierno o de las asambleas legislativas regionales (NdT).

* La “junta de freguesia” y la “câmara municipal” son los órganos ejecutivos colegiales de las parroquias y de los municipios, respectivamente (NdT).

los municipios que existe en Portugal, la cual tiene sus bases en la reforma del mapa municipal llevada a cabo en 1836.

Al instaurarse el liberalismo en Portugal, en 1820, el número de municipios era de, aproximadamente, 800. Desde el primer momento, existió la preocupación de abordar la reforma de la Administración local, en general, y municipal, en particular. Sin embargo, ello no fue posible porque los años que siguieron a la Revolución de 1820 constituyeron un período de gran agitación, en especial hasta 1834, año en el que finalizó la guerra civil iniciada en 1832.

Terminada ésta, se intentó llevar a cabo la denominada reforma de Mouzinho da Silveira, elaborada en 1832, durante la guerra, en las Azores.

Se trataba de una reforma de clara inspiración napoleónica, que dividía el país en provincias, comarcas y municipios. Al frente de cada provincia se hallaría un prefecto, al frente de cada comarca, un subprefecto y al frente de cada municipio, un regidor (“provedor”). Todas estas autoridades eran nombradas y se hallaban subordinadas jerárquicamente. Junto a ellas actuaban órganos colegiados (“corpos administrativos”) con poderes muy limitados. Estos eran, respectivamente, la junta general de la provincia (“junta geral de provincia”), la junta de la comarca (“junta de comarca”) y la comisión municipal (“câmara municipal”).

Esta reforma no fue bien acogida, ya que se la consideró demasiado centralizadora.

Posteriormente, en 1835, se aprobó una ley de signo opuesto, la cual dividía el país en distritos, ayuntamientos y parroquias e introducía el principio de elección de los órganos de estos entes.

Pero, ni la reforma de 1832, ni la ley de 1835, incidían en la organización territorial de los municipios, a pesar de las críticas que se venían haciendo. Así, por ejemplo, una comisión sobre la división del territorio, creada en 1826 por el Congreso de los Diputados (“Câmara dos Deputados”), durante un brevísimo período de predominio liberal, llamó la atención sobre el hecho de que existiesen 228 municipios con menos de 200 hogares (“fogos”), destacando, además, la dificultad que existía para constituir asambleas representativas en esos ayuntamientos, en especial, si se tenía en cuenta el sistema de sufragio censitario vigente.

Finalmente en 1836, tras la Revolución de septiembre, de carácter progresista, se llevó a cabo una reforma del mapa municipal. El 6 de noviembre de 1836, se publicó un decreto que establecía un nuevo mapa municipal, en el cual se basa la actual división municipal portuguesa.

De acuerdo con el artículo primero de dicho texto normativo, el territorio continental continuaba estando dividido en 17 distritos administrativos; pero, el número de ayuntamientos fue reducido a 351, suprimiéndose, de este modo, más de 400. No obstante, esta división fue considerada provisional y las juntas generales de distrito (“juntas gerais de distrito”) debían emitir anualmente un informe sobre las mejoras que se podrían introducir en la división administrativa del territorio.

La aplicación de esta reforma territorial hubo de superar numerosas dificultades; así, en el preámbulo del primer Código administrativo publicado en Portugal, el Código de Passos Manuel, fechado el 31 de diciembre de 1836, se puede leer que la “operación de supresión y mutilación de los ayuntamientos fue dolorosa”, pero indispensable, pues de ella dependía “la consolidación del sistema administrativo”.³

A la hora de configurar el antedicho mapa municipal en Portugal se tuvieron en cuenta varios factores. En primer lugar, se trató de combinar adecuadamente población y territorio de modo que, por una parte, la población no fuese excesiva, “haciendo difícil la actividad judicial y administrativa del municipio”,* ni demasiado reducida, dificultando el que pudiese proporcionar un número suficiente de ciudadanos activos para las elecciones y para el servicio de los cargos públicos, y, por otra parte, que la extensión territorial no fuese desmedida en aras a evitar las grandes distancias que causaban graves incomodidades a los “pueblos” (artículo 12). En segundo lugar, se trató de garantizar que todos los municipios dispusiesen de los medios económicos necesarios para el cumplimiento de las tareas que tuviesen asignadas.

Se podría argumentar, para intentar disminuir la importancia de esta reestructuración territorial, que en Portugal si bien se reformó la distribución territorial de los municipios, en contraposición, se mantuvo la parroquia. Esto es cierto. Pero, ni la parroquia tiene nada que ver con los municipios de otros países, en particular, con los de España, Francia, Italia, Holanda o Bélgica, ya que sus atribuciones son muy reducidas, ni, por otro lado, los municipios portugueses tienen semejanza alguna con los departamentos o las provincias existentes en otros países, ni en su dimensión, ni en sus atribuciones.

Hay que señalar que todavía en el siglo XIX, el 26 de junio de 1867, se publicó un código administrativo, la Ley de Administración Civil (“Lei de Administração Civil”) de Martens Ferrão que reducía aún más el número de municipios, pues suprimía 104 de los existentes. Sin embargo,

3. Los códigos administrativos en Portugal son, fundamentalmente, códigos de la Administración local.

* Hay que aclarar que con esta expresión no se refiere el autor a que los municipios desarrollen ningún tipo de actividad judicial, sino al hecho de que

en el ordenamiento portugués, el territorio municipal coincide con el partido judicial, ya que aquél ha sido tomado, en general, como referencia para la determinación de éste, de modo que la determinación del mapa municipal incide sobre la planta judicial (NdT).

la puesta en práctica de las previsiones contenidas en este Código fue interrumpida por la revuelta popular de Enero de 1868 (“Janeirinha”) que derrocó al Gobierno del que Martens Ferrão formaba parte.

Actualmente, los municipios portugueses son 308 (278 en el territorio continental) y sus atribuciones muy similares a las de los municipios españoles, franceses o italianos.

4. La organización territorial de los municipios en otros países de Europa

El interés de la evolución de la organización territorial portuguesa, que se acaba de referir, se acrecienta, si se tiene en cuenta que un movimiento similar al que se produjo en Portugal durante el siglo XIX tuvo lugar, posteriormente, en otros países europeos, si bien, tras haber transcurrido más de una centuria, después del final de la Segunda Guerra Mundial, bien entrada ya la segunda mitad del siglo XX.

Así, en los años 70, en la, entonces, Alemania occidental, se operó una importante reforma territorial y funcional de la administración local, que implicó la reducción del número de “Kreis” de 425 a poco más de la mitad y del número de municipios de 24.500 a poco más de 8.000.⁴

En Bélgica, que tenía una estructura territorial municipal hecha a semejanza de Francia, una reforma promulgada en 1975, que entró en vigor en 1977, redujo el número de municipios de más de 2.700 a menos de 600.⁵

En Holanda, el número de municipios que, a mediados del siglo XIX, era de, aproximadamente, 1.200, fue disminuyendo de modo progresivo, como consecuencia de sucesivas fusiones y reagrupaciones, hasta llegar al número actual de, aproximadamente, 500. En el presente continúa la tendencia a reducir el número de éstos, al mismo tiempo que se halla restringida la creación de nuevos municipios, la cual exige un mínimo de 10.000 habitantes.

También los países nórdicos emprendieron el camino de la reducción del número de municipios. Dinamarca, después de la reforma de 1970, pasó de casi 1.400 municipios a 273. Suecia redujo el número de municipios de más de 3.000 a menos de 300, aboliendo además la diferencia entre municipios urbanos y municipios rurales. Finalmente, Noruega, mediante la reforma de 1967, disminuyó el número de sus municipios de modo que, actualmente, cuenta con poco más de 400.

Por su parte Inglaterra y el País de Gales, en 1974, introdujeron una profunda reforma territorial en la organización de las entidades locales (“local authorities”) consistente en la reducción de las mismas que pasaron de, aproximadamente, 1.500 a poco más de 450 y en la institución de una organización en dos niveles: los condados (“counties”) en el nivel superior y, dentro de éstos, los distritos (“districts”), en el nivel inferior.⁶

Conviene no olvidar, en este breve repaso, a Grecia que, muy recientemente, en 1997, redujo el número de sus entidades locales de base (“dèmes” y municipios) de aproximadamente 6.000 a poco más de 1.000.

Todas estas reformas tenían en común que en su génesis se hallaba el afán de conferir una mayor capacidad de actuación a los municipios.

España, Francia e Italia se quedaron al margen de este movimiento de racionalización de la administración municipal.

En Francia, el diseño territorial de la administración municipal fue obra de la Asamblea Constituyente. La Ley de 14 de diciembre de 1789 al establecer que habría un municipio en cada “villa, burgo, parroquia o comunidad campesina” (“ville, bourg, paroisse ou communauté de campagne”) dio origen a una desmedida proliferación de municipios, se crearon más de 36.000, que aún hoy persiste. No obstante, hay que señalar que podría haber sido de otra manera, podría haber hoy en Francia un número mucho menor de municipios. Habría bastado que hubiese triunfado la corriente sostenida por Thouret y por el Abad de Sieyès, la cual defendía la creación de municipios con un ámbito más amplio que el de la parroquia (para reducir, al mismo tiempo, la influencia de los párrocos).⁷

España e Italia siguieron el modelo francés, si bien no alcanzaron un número tan elevado de municipios como el que se da en Francia, ambos países tienen hoy más de 8.000 municipios cada uno, la gran mayoría con dimensiones y población muy reducidas. Hay que destacar que, a lo largo de los años, los tres países han tratado de modificar, sin éxito, esta situación. En particular, son de sobra conocidos los diversos intentos franceses que siempre han estado abocados al fracaso.

En todos estos estados existe la conciencia de que los municipios de pequeñas dimensiones son, al mismo tiempo, pequeños en autonomía, porque no poseen los medios humanos y financieros indispensables para sostener una administración pública significativa.

A modo de ejemplo, se puede citar la obra colectiva

4. Después de la reunificación, en 1990, el número de municipios aumentó a más de 16.000, porque no hubo, en esta ocasión, ninguna modificación en la estructura territorial de los municipios provenientes de la Alemania oriental.

5. Bélgica, en 1789, estaba incorporada a Francia y esa situación se mantuvo hasta 1815.

6. Hay que señalar que pese a esta reestructuración y reducción de las entidades locales las parroquias (“parishes”) se mantuvieron.

7. Sieyès presentó un proyecto que dividía el territorio francés en 80 departamentos, subdivididos en nueve municipios (lo que implicaba que existirían un total de 720 municipios en Francia). Cfr. J. D. BREDIN, “Sieyès”, *Lire*, núm. 160, enero de 1989, p. 91 y ss.

del famoso Club Jean Moulin, publicada en 1962 y traducida al español en 1967, titulada "L'État et le citoyen". En ella se afirmaba que los entes locales franceses son demasiado pequeños para ejercer las libertades políticas, considerándose que ésa era una de las principales dificultades de la descentralización, pues éstos no disponían, ni de los recursos económicos, ni de los habitantes necesarios, para ello. En esta obra se recordaba que cerca de dos tercios de los municipios de Francia cuentan con menos de 500 habitantes. Se señalaba, además, en la citada obra, que estos minúsculos entes no se encuentran a la altura de las inversiones que exige en la actualidad "el más pequeño campo de deportes o la más exigua red de distribución de agua", ya que sus presupuestos son devorados por los gastos generales; por otra parte, también, se ponía de manifiesto que estos entes, a duras penas, consiguen tener miembros para integrar las respectivas asambleas representativas ("conseils municipaux").⁸

5. La importancia de la dimensión de los municipios para la consecución de una autonomía efectiva y para la adecuada prestación de los servicios públicos locales

Efectivamente, los municipios demasiado pequeños ni pueden soportar estructuras municipales de servicios cuantitativa y cualitativamente adecuadas a las necesidades de los vecinos, ni, en general, poseen el territorio y la población necesarios para desarrollar las atribuciones y competencias que la Ley les confiere.

Así, los pequeños municipios necesitan asociarse entre sí y confiar al ente o estructura que resulta de dicha asociación la prestación de los servicios esenciales para la comunidad local.⁹

Ahora bien, esta transferencia de competencias de los municipios al ente asociativo conlleva la vulneración de un principio fundamental de la autonomía local, rectius, de la democracia local, cual es la existencia en todo ente local encargado de la gestión de los asuntos de la colectividad local de una asamblea representativa directamente elegida por los ciudadanos.

Las estructuras que resultan de la asociación entre los municipios para la prestación de un determinado servicio tienen, como regla general, órganos que resultan de una elección, pero se trata de una elección indirecta (son elegidos por los órganos de los respectivos municipios que, a su vez, han sido elegidos por los vecinos), hay, por ello, un claro distanciamiento entre los ciudadanos y esas estructuras que, frecuentemente, les prestan los servicios locales de mayor trascendencia.

Los ciudadanos, de este modo, no pueden exigir responsabilidad directamente a sus representantes municipales por el adecuado funcionamiento de los servicios locales transferidos a los antedichos entes asociativos, porque son éstos, y no aquellos, quienes efectúan la erogación de los citados servicios y, por otro lado, les resulta muy complicado el poder reclamar responsabilidades por su gestión a las estructuras que efectivamente los prestan, en la medida en que éstas están integradas por órganos que no son directamente elegidos por ellos.

6. Las razones del veto del presidente de la República a la modificación de la Ley de creación de municipios

El veto del PR a la modificación de la Ley de creación de municipios debe ser interpretado a la luz de la reforma territorial de 1836 y del principio fundamental subyacente a la misma: el logro de una dimensión suficientemente amplia de los municipios.

En su veto, el PR señala que la modificación de la Ley núm. 142/1985, en los términos propuestos, o sea, admitiendo que los requisitos exigidos por ella pudiesen ser obviados en el caso de que concurriesen "notorias razones de interés nacional, fundamentadas en una particular relevancia de orden histórico-cultural" abría un "inmenso y no acotado campo" a la creación de nuevos municipios.

Asimismo, el PR en el citado veto recuerda, además, la comunicación que envió a la AR en 1998, con ocasión de la creación de los municipios de Odivelas (cerca de Lisboa) y de Trofa (cerca de Porto), en la que afirmaba que la creación de nuevos municipios merecía una profunda reflexión y en la que, en consecuencia, le proponía a la AR, dado que ésta se hallaba en condiciones de promoverlo, la apertura de un "debate público".

En este sentido, para el PR, la creación de nuevos municipios debe ser abordada desde "una perspectiva global y abierta" que contemple la creación de nuevos municipios donde se revele necesario, pero, que no rechace la "eventual utilidad de la fusión de municipios o parroquias" cuya viabilidad como entes autónomos se hubiese visto mermada por la "evolución producida en las últimas décadas".

Esta perspectiva, global y abierta, propugnada por el PR presenta, como se puede observar, dos vertientes que deben ser analizadas por separado: por un lado, la creación de nuevos municipios, siempre que ello aparezca como necesario, y, por otro lado, la supresión de aquellos municipios cuya subsistencia ha devenido inviable.

8. CLUB JEAN MOULIN, *El Estado y el ciudadano*, Madrid, 1967, p. 257.

9. Además, en la mayor parte de las ocasiones, resulta necesario constituir varias asociaciones para la gestión de diversos servicios.

En la citada comunicación de 1998, el PR, después de recordar que estaban pendientes en la AR diversas iniciativas legislativas cuyo objetivo era la creación de 18 nuevos municipios, afirmaba que, aunque el mapa municipal en Portugal no es una realidad inalterable, sino que, por el contrario, el número de los que lo componen debe variar en función de la evolución de la estructura demográfica, económica y social del país y de las nuevas realidades resultantes de las actuales tendencias de urbanización y de las exigencias de la ordenación del territorio, sin embargo, la actualización del mismo no constituye un problema prioritario.

Además, en la comunicación que motiva su veto, el PR alude a su intervención en la sesión de clausura del XI Congreso de la Asociación Nacional de Municipios, celebrada en el Algarbe, el 8 de marzo de 1988, en la que, tras manifestar su sensibilidad en relación con “las dinámicas económicas y demográficas” que “han alterado substancialmente el país en las últimas década” y prevenir contra los impulsos de “atomización del sistema municipal”, en la medida en que una excesiva fragmentación de la dimensión territorial de los ayuntamientos portugueses supondría un riesgo real de degradación de su sostenibilidad, propuso a los municipios una apuesta por la “calidad de los servicios y de la gestión de los equipamientos”.

El veto presidencial fue aceptado por los diversos grupos parlamentarios de AR pero fue mal recibido, como se puede imaginar, por las poblaciones de los municipios a crear, muy especialmente por los habitantes de Canas de Senhorim.

La creación de nuevos municipios se halla, en este momento, paralizada en Portugal, pero, seguramente, será reactivada dentro de poco, tan pronto como la AR, renovada tras las elecciones legislativas del 20 de febrero de 2005, deje de atender los temas de mayor relevancia que actualmente tiene planteados.

A decir verdad, esta cuestión de la creación de municipios es un tema que gusta mucho a los partidos de la oposición, en especial a los más pequeños, los cuales ven en este asunto un medio de agradar a las poblaciones locales y de crear dificultades al Gobierno.

Como acertadamente observó el PR, la división territorial del país, que no es una realidad inalterable, debe atender, fundamentalmente, al fenómeno de la urbanización ocurrido en las últimas décadas. Pero, para mantener el actual modelo de organización territorial, las modificaciones que se vayan a realizar deben ir en dos sentidos: la creación de municipios significativos en las zonas que, por un acentuado crecimiento de población, lo justifiquen y, al mismo tiempo, la extinción –por fusión o agregación– de municipios cuya supervivencia autónoma se hace inviable por su reducida población (en este momento hay en Portugal 41 municipios con menos de 5.000 habitantes).

El PR proponía, en la comunicación que acompañaba a su veto, la elaboración de un Libro Blanco sobre la revisión del mapa municipal (“Livro Branco sobre o tema do recorte territorial do sistema municipal”) integrado por contribuciones de diversas ramas del saber que arrojaran luz sobre las vías que podrían y deberían ser recorridas en este campo.

Este Libro blanco todavía no ha sido elaborado, ni está, por lo que parece, en la agenda política del gobierno. Es una pena, pues se corre el riesgo de asistir, dentro de poco, a una nueva carrera para la creación de municipios, la cual hará peligrar nuestro modelo territorial, que, aunque fue diseñado hace casi 170 años, se basa en criterios que son perfectamente válidos actualmente, como lo demuestra la experiencia de otros países antes descrita. ■

Las entidades locales en la legislación turística¹

1. La distribución de competencias en materia de turismo.
2. Las entidades locales implicadas.
 - 2.1. Municipios, provincias, comarcas, mancomunidades. Competencias.
 - 2.2. La organización administrativa. El especial protagonismo de las personificaciones instrumentales de las entidades locales.
 - 2.3. Los convenios de colaboración.
3. El municipio turístico.
4. La participación de las entidades locales en los instrumentos de planificación turística.
 - 4.1. Participación en instrumentos autonómicos.
 - 4.2. Participación en los instrumentos estatales.

Pedro Luis Martínez Pallarés
Letrado-asesor DPZ.
Profesor asociado de Derecho Constitucional

1. Este trabajo es una versión modificada y ampliada del capítulo "Las entidades locales" incluido en mi colaboración "La organización administrativa del turismo" en el libro *Estudio sistemático de la Ley de turismo de Aragón*,

editado por las Cortes de Aragón, dirigido por J. Tudela Aranda, director del Seminario de Estudios Turísticos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

1. La distribución de competencias en materia de turismo

Si bien constituye un lugar común referirse a los criterios de distribución competencial en materia de turismo entre las distintas administraciones territoriales que se deduce de nuestra Constitución global, también denominada *bloque de la constitucionalidad*, es una premisa necesaria realizar una somera descripción de los mismos para proceder a enmarcar adecuadamente el papel que le pueda corresponder en su gestión a las entidades locales.

Como es por todos conocido, el artículo 148.1.18 de la CE establece que las comunidades autónomas podrán asumir competencias en materia de “promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial”, no figurando en el artículo 149 de la CE atribución competencial específica a favor del Estado. Esto ha llevado al grueso de los estatutos de autonomía a incluir en el listado de competencias exclusivas de las respectivas comunidades autónomas al turismo o, en su caso, la promoción y ordenación del turismo, como lógico corolario del entendimiento de que “el turismo es una actividad decididamente autonomizada en los artículos 148 y 149 de la Constitución” (De la Cuétara Martínez).

La concreción de la redacción de dicha atribución competencial ha sido variada, pudiéndose observar tres modalidades diferentes: los estatutos de autonomía que asumen la competencia exclusiva en materia de turismo, sin ninguna otra salvedad, tales como Cataluña, País Vasco y Comunidad Valenciana; los estatutos de autonomía que atribuyen competencia en “promoción y ordenación del turismo” sin hacer referencia al ámbito territorial, tales como Andalucía y Navarra, y los estatutos de autonomía que circunscriben las competencias a su ámbito territorial (Calonge Velázquez), pudiendo afirmarse que, a pesar de dicha diversificación terminológica, en todo caso, la consecuencia de todo ello es la atribución a favor de las comunidades autónomas de una “competencia general sobre el turismo”.

No obstante, paralelamente el artículo 149.1 de la CE atribuye al Estado la titularidad en materias diversas que inciden directamente en los inicialmente exclusivos títulos competenciales autonómicos, tales como el comercio exterior (artículo 149.1.10 de la CE), las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13 de la CE) y la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologa-

ción de títulos académicos y profesionales (artículo 149.1.30 de la CE), sin perjuicio de otros títulos con incidencia indirecta a los que posteriormente haremos mención. Ya es un lugar común que el ejercicio de la mencionada competencia exclusiva se ve condicionado y modulado por la existencia de dichos títulos competenciales de carácter transversal que habilitan al Estado a dictar normas y a realizar actuaciones con incidencia turística en todo el territorio nacional (STC 125/1984; STC 122/1989; STC 75/1989; STC 175/1995; STC 86/1997).² La evidente modulación de la intensidad del contenido del término “exclusividad” que conlleva la existencia de los mencionados títulos competenciales estatales, ha provocado que algún legislador autonómico haya eludido su expresa utilización, fundamentando la legitimidad de su actuación en “la plenitud de la función legislativa en materia de promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial”.

El alcance y contenido de la competencia sobre ordenación del turismo ha sido circunscrita por ciertos sectores de la doctrina al establecimiento de normas relacionadas con la actividad administrativa de policía y de servicio público, de forma que englobaría el régimen jurídico de todas y cada una de las empresas y actividades que integran este sector, así como las relaciones entre las empresas, el turista y la intervención de la Administración pública sobre las empresas, actividades y el turista.³ Sustancialmente coincidimos con esta definición, de forma que la ordenación turística sería un concepto jurídico indeterminado, comprensivo del ejercicio de potestades normativas y ejecutivas, de producción de normas jurídicas e intervención o limitación de la actividad de los ciudadanos, que supondría “la buena disposición de la infraestructura turística, combinando el suelo, la naturaleza, la edificación, el objeto y la finalidad pretendiendo su unificación para cada realización turística” (D. Blanquer). Esta opción supone concebir la ordenación del turismo como el establecimiento del régimen jurídico de la planificación de los recursos turísticos ubicados en el territorio de la comunidad autónoma, de la regulación de la oferta turística, de los derechos y deberes de los usuarios y de las empresas turísticas, y de la disciplina turística, así como la realización de la actuación administrativa necesaria para su cumplimiento.

La concreción del ámbito material de la actividad de promoción ha sido objeto de controversia en el seno de la doctrina iuspublicista, al no utilizar nuestro texto

2. Sobre la distribución de competencias Estado-comunidades autónomas en materia de turismo con expreso estudio de la jurisprudencia constitucional mencionada, por todos ver A. CALONGE VELÁZQUEZ, “El turismo. Aspectos institucionales y actividad administrativa”, p. 71 a 101, Universidad de Valladolid, 2000. R. GARCÍA MACHO, “La legislación turística: Naturaleza jurídica; relaciones entre el Derecho estatal, autonómico y local”, en *Lecciones de Derecho turístico*, p. 25 y ss., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. SALGADO CASTRO,

A., “La distribución de competencias en materia de turismo”, *RarAP*, núm. 9, 1996.

3. En este sentido se manifiestan E. ROCA ROCA y J. PÉREZ MARTOS en “Administración turística y municipio”, en *XI Congreso Italo-Español de profesores de Derecho administrativo*, p. 506 y ss., Barcelona-Girona, 1996, Cedecs, 1998.

constitucional de manera uniforme dicha expresión, de forma que el debate ha girado sobre la identificación o no de los términos “fomento” y “promoción”. Si bien cualificados sectores de la doctrina han manifestado opiniones al respecto que otorgan a la expresión “promoción” un sentido más amplio que el de fomento,⁴ y la práctica legislativa de las diferentes comunidades autónomas en su mayoría realizan una utilización indistinta de ambos términos, a los efectos de esta exposición la promoción turística se considera como género integrante de la expresión “fomento”, comprendiendo ésta con ello tanto al conjunto de técnicas principalmente económicas dirigidas a la protección y estímulo de determinadas actividades, es decir, dirigidas al impulso de la oferta turística, como a la actividad de la Administración, sobre todo material, encaminada a dar publicidad a un determinado sector, ámbito o aspecto a fin de estimular, impulsar o potenciar una actividad de los particulares, es decir, dirigida a la incentivación de la demanda.⁵ Esta opción supone considerar que el fomento de la actividad turística, entendido en sentido amplio, puede realizarse indistintamente a través de organismos administrativos y sociedades públicas cuyo objeto sea vender en el mercado el fenómeno turístico como un producto; a través de la convocatoria de concursos u otorgamiento de medallas y distinciones; a través de la concesión de subvenciones; o a través de la realización de otras actividades de apoyo al turismo.⁶

Por otra parte, no debiera olvidarse que la CE de 1978, junto con la decisión fundamental de proceder a la distribución territorial del poder público esencialmente mediante el reconocimiento del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones, consagra asimismo expresamente el principio de autonomía local. Por ello la distribución de títulos competenciales cerrados entre el Estado y las comunidades autónomas no puede suponer que única y exclusivamente sean éstas, con las modulaciones procedentes del ejercicio de las competencias concurrentes del Estado, las administraciones que concentren el protagonismo del ejercicio de las competencias en materia de turismo. En todas las materias sobre las que las comunidades autónomas ostenten algún tipo de competencia el legislador sectorial debe entrar a ponderar la existencia o no en la misma de intereses locales. El paradigmático artículo 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, articula la efectividad de la auto-

mía local consagrada constitucionalmente a través del derecho a intervenir de las entidades locales garantizadas (municipios y provincias) en cuantos asuntos afecten al círculo de sus intereses y de la atribución de competencias que procedan en función de las características de la actividad pública de que se trate y de la capacidad de gestión de la entidad local.⁷ Junto a ello, la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 asegura a las entidades locales, entre otras prescripciones, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad pública y el derecho a participar en los procesos de planificación y decisión que puedan afectar a sus intereses.

En el supuesto del turismo, la atribución de competencias a las entidades locales y la participación de las mismas en la concreción de la política turística a desarrollar, esencialmente los municipios, goza de una especial exigencia en atención a los siguientes factores:

a) El artículo 25.1.m) de la LRBRL establece que en todo caso el legislador sectorial, en el supuesto que nos ocupa autonómico, deberá atribuir algún tipo de competencia a los municipios en la materia de “actividades o instalaciones, culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; *turismo*”. En idéntico sentido se manifiesta la legislación autonómica de régimen local como, por ejemplo, el artículo 43.2.n) de la Ley de Administración local de Aragón.

b) Junto a ello el carácter complejo, interdisciplinar y transversal del turismo hace que gran parte de los listados de materias establecidos en el artículo 25.2 de la LRBRL en las que, en todo caso, al objeto de dar contenido sustantivo a la garantía institucional de la autonomía local, deben ostentar algún tipo de competencia los municipios, tengan una incidencia directa en la configuración final del producto turístico que se ofrece a los visitantes: seguridad en lugares públicos; ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, patrimonio histórico-artístico; protección del medio ambiente; defensa de consumidores y usuarios; protección de la salubridad pública.

c) Por idénticos motivos, los servicios mínimos obligatorios que deben prestar los municipios en función del número de habitantes, establecidos en el artículo 26 de la LRBRL y en el artículo 44 de la LAL de Aragón, tanto los fijados con carácter general en todos los municipios como el abastecimiento domiciliario de agua potable,

4. S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las comunidades autónomas*, p. 160, Civitas, Madrid, 1982.

5. En este punto seguimos el criterio manifestado por M.^a JESÚS GALIARDO CASTILLO, “La distribución constitucional de competencias en materia de turismo y su tratamiento en las leyes autonómicas: Promoción y ordenación”, en *Documentación Administrativa*, número 259-260, p. 74 y ss., MAP, Madrid, 2001, que identifica el fomento con la primera acepción y la promoción con la segunda, siendo aquél comprensivo de ésta.

6. E. ROCA ROCA y J. PÉREZ MARTOS, “Administración...”, *op. cit.*, p. 507.

7. Sobre el alcance de esta exigencia en el ámbito turístico, que no considera como una mera de remisión en blanco a favor de la legislación sectorial, ver M. CORCHERO, “La organización administrativa del turismo en la Comunidad Autónoma de Extremadura”, p. 52, URBACORP, Cáceres, 2005. Asimismo ver también E. ROCA ROCA, M. M. CEBALLOS MARTÍN y R. PÉREZ GUERRA, *La regulación jurídica del turismo en España*, p. 71, Almería, 1998.

alcantarillado, tratamiento de aguas residuales, alumbrado público, recogida, transporte y eliminación de residuos sólidos, pavimentación y conservación de vías públicas, limpieza viaria, control sanitario de alimentos, bebidas y productos destinados al uso humano, transportes, ruidos y vibraciones, entre otros, así como los previstos para los municipios con determinado umbral de población, constituyen la infraestructura básica que proporciona el soporte a cualquier actividad turística.

d) El hecho de que el territorio sea un elemento fundamental de la política turística, puesto que va a ser en el ámbito territorial de un municipio donde el turista va a proveerse de todos los servicios, ya sean de naturaleza pública o privada, que conforman el producto turístico, otorga una especial posición en la ejecución y elaboración de la política turística a las entidades locales.⁸

En última instancia, tal como Serra y Villabí expresaba hace unos años de forma muy gráfica, “el municipio es, junto al empresario turístico, el agente protagonista, el que fabrica, prepara y conserva el producto que ha de ser elegido por el consumidor”.

La identificación de los intereses locales en la determinación de la política turística, con el corolario lógico de la atribución de las correspondientes competencias, no es una tarea baladí. Al contrario, en primer lugar tiene una evidente utilidad para conocer el ámbito material de actuación de las distintas administraciones turísticas locales cuyo análisis abordaremos en este trabajo. En segundo lugar, es una clara demostración de que, sin desdoro de la atribución competencial en régimen de exclusividad a favor de las comunidades autónomas, el turismo es una materia compleja y multidisciplinar en cuya configuración concurren objetivos, valores y materias que afectan a diversas administraciones de diferente ámbito territorial, en especial la Administración local, como genuino exponente de la complejidad de la gestión política en los estados compuestos. En tercer lugar, la enorme importancia que para el conjunto de las políticas públicas a desarrollar por las distintas administraciones tiene el turismo, dado su enorme potencial económico y su carácter protagonista en la consecución de objetivos directamente vinculados con principios constitucionales tales como la preservación del medio ambiente, la recuperación del patrimonio histórico, la ordenación del territorio o la protección del turista/consumidor (Tudela Aranda).

8. Particular incidencia en esta idea muestra J. TUDELA ARANDA en “Régimen local y turismo. Marco legal”, en *Estudios sobre régimen jurídico del turismo*, p. 215 y ss., Diputación Provincial de Huesca, 1997. Asimismo, E. ROCA ROCA y J. PÉREZ MARTOS, en “Administración local y turismo”, *op. cit.*, p. 512.

9. En idéntico sentido se manifiestan J. SUAY RINCÓN y M. P. RODRÍGUEZ, “Las competencias turísticas de los municipios. En particular, la categoría de los municipios turísticos”, en D. BLANQUER, *Turismo. Organización administrativa,*

2. Las entidades locales implicadas

2.1. Municipios, provincias, comarcas, mancomunidades. Competencias

La legislación turística de las comunidades autónomas ha abordado de forma desigual la atribución de competencias a favor de las entidades locales sitas en su territorio. Por todos es sabido que la interpretación del reconocimiento constitucional de la autonomía local, bajo el prisma de la denominada *garantía institucional*, ha tenido como consecuencia el diferir al legislador básico ordinario la delimitación del contenido, alcance, organización y régimen jurídico de dicha institución, así como la fijación por éste de un mínimo de materias sobre las que, en todo caso, deben tener algún tipo de participación los gobiernos locales al existir un interés local en las mismas. Correspondiendo al legislador sectorial ordinario competente, en razón del juego combinado de la CE y de los estatutos de autonomía, determinar las concretas facultades y funciones que les corresponda.

En este sentido, un bloque de las leyes turísticas autonómicas ha obviado cualquier referencia a la posible atribución de responsabilidades en las entidades locales contraviniendo la legislación básica de régimen local, Baleares (Ley 2/1999, de 24 de marzo), Castilla-La Mancha (Ley 8/1999, de 26 de mayo), Extremadura (Ley 2/1997, de 20 de marzo), Madrid (Ley 1/1999, de 12 de marzo), Murcia (Ley 11/1997, de 12 de diciembre) y la Rioja (Ley 22001, de 31 de mayo).⁹ Otro bloque de leyes, de fecha más reciente, ha optado por establecer las competencias de todas las administraciones públicas implicadas en la materia, incluidas las entidades locales,¹⁰ Aragón (artículos 13 y 14 de la Ley 6/2003, de 27 de febrero), Andalucía (artículo 5 de la Ley 12/1999, de 15 de diciembre), Asturias (artículo 6 de la Ley 7/2001, de 22 de junio), Canarias (artículos 6 y 7 de la Ley 7/1995, de 6 de abril), Cantabria (artículo 6 de la Ley 5/1999, de 24 de marzo), Castilla y León (artículos 7, 8 y 9 de la Ley 10/1997, de 19 de diciembre), Cataluña (artículos 68, 70 y 71 de la Ley 13/2002, de 21 de junio). Por su parte, ciertas leyes autonómicas prevén asimismo las peculiaridades propias de los denominados *municipios turísticos* (Aragón, Andalucía, Cantabria, Cataluña y Murcia), e incluso de las comarcas de interés turístico (Cantabria, Cataluña y País Vasco), y otras, dadas sus peculiaridades territoriales, sólo mencionan a las entidades locales al prever la figura del municipio turístico (Galicia y Comunidad Valenciana).¹¹

calidad de servicios y competitividad empresarial. I Congreso Universitario de Turismo, p. 65, Valencia, 1999.

10. Así lo resalta al comentar la legislación navarra, M. M. RAZQUÍN LIZARRAGA, en “La ordenación jurídica del turismo en Navarra”, *op. cit.*, p. 42.

11. Por su parte, M. CORCHERO, “La organización administrativa...”, *op. cit.*, p. 53 y ss., efectúa la distinción entre dos modelos: ausencia de atribución de competencias a los municipios en materia de turismo y atribución de competencias a los municipios.

Con carácter general coincidimos con las apreciaciones de Pérez Fernández y Tudela Aranda, que destacan que a la tradicional postergación de las entidades locales por parte del estado unitario y centralista previo a la CE le ha seguido una actitud timorata por parte de las comunidades autónomas en el momento de reconocer la existencia de intereses locales en la política turística y, por lo tanto, de proceder a atribuir competencias en su favor. No obstante, como ya hemos señalado, algunas leyes autonómicas han tomado en consideración a las entidades locales y han delimitado su campo de responsabilidad en esta materia. Debe resaltarse que, con carácter general, la entidad local beneficiaria de dicha actitud ha sido el municipio ya que, como ha señalado Bermejo Vera, "su término municipal será el espacio en el que finalmente se concrete la imagen turística de la comunidad autónoma", correspondiéndole a la provincia una posición de cobertura de las necesidades y carencias de éstos, y que la "generosidad" del legislador sectorial autonómico ha sido escasa y poco imaginativa.

Como supuesto paradigmático de solemnes declaraciones a favor del protagonismo municipal y de absoluta sequía competencial de éstos, destaca la Ley 11/1997, de 12 de diciembre, de normas reguladoras del turismo en la Región de Murcia, que tras considerar al municipio "como protagonista de la acción pública en materia de turismo, desde la perspectiva del favorecimiento de la actuación pública sobre el territorio" (artículo 4.4), se limita a reconocerle el derecho a participar en la promoción turística a través de su participación en el Consejo Asesor Regional de Turismo.

No obstante, hay dos excepciones al protagonismo de los municipios, las comunidades autónomas de Aragón y de Cataluña, que por razones de política territorial propia optan por articular un amplio campo de su política turística en las comarcas, en su calidad de entidades locales supramunicipales. En este sentido, destaca especialmente la legislación aragonesa que, en el artículo 5 de la LT, considera a las comarcas y a los municipios como administraciones públicas competentes en turismo, si bien deduciéndose del conjunto de su regulación el carácter preferente de aquélla respecto del municipio, que como pronto veremos se confirma en el contenido de las competencias de una y otra entidad local.

Las competencias más habituales a favor de los municipios consisten en: promoción y fomento de los recursos y productos turísticos de su ámbito; protección y conservación de los recursos turísticos, otorgamiento de licencias, y otras competencias que puedan ser objeto de delegación por las restantes administraciones territoriales, en particular las comunidades autónomas. Respetando la clásica tríada de las formas de actividad administrativa, podemos decir que en el ámbito de la actividad de policía circunscribe esencialmente su actuación al ejercicio de la potestad autoritaria

correspondiendo la ordenación esencialmente a la Administración autonómica; en el ámbito de la actividad de servicio público, junto con la prestación de los servicios municipales que conforman una oferta turística susceptible de ser identificada como tal, los municipios pueden realizar cuantas iniciativas de naturaleza económica consideren oportunas; y, por último, en el ámbito de la actividad de fomento, utilizarán los medios de fomento previstos en nuestra legislación. Destacan, por su mayor especificidad competencial, la Ley de turismo de Cataluña (artículo 68), que les atribuye el ejercicio de la potestad inspectora y sancionadora dentro de los límites marcados por dicha ley y la Ley de ordenación del turismo de Canarias (artículo 65), que establece en los municipios que cuenten con centros turísticos la obligación de prestación de un servicio de vigilancia ambiental, que supone una mayor exigencia de los servicios municipales obligatorios de seguridad, limpieza y salubridad, control de ruidos y olores, entre otros.

Las provincias no son objeto de un especial tratamiento, dadas sus características de Administración local de cobertura, siendo expresamente omitidas en la legislación aragonesa que, en una consideración global de las competencias turísticas de las administraciones públicas que operan en su territorio, adopta una decidida opción por la gestión comarcal del turismo. No obstante, en la legislación de Andalucía (artículo 4), Castilla-León (artículo 5) y Cataluña (artículo 71), sin mencionar la legislación canaria en la que se regula la especificidad de los cabildos insulares, se establece un elenco competencial circunscrito a la coordinación del fomento y promoción de la actividad de los municipios, la promoción de los recursos turísticos de la provincia, la asistencia y cooperación técnica y económica a los municipios. En Andalucía y Cataluña se disponen como especificidades la asunción de competencia en el fomento de la imagen turística de los municipios de población inferior a 20.000 habitantes y de la promoción de las marcas turísticas, respectivamente. En todo caso, no debe olvidarse que, conforme al artículo 36 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, las diputaciones ostentan una competencia general de asistencia y cooperación técnica, jurídica y económica de los municipios de la provincia, en cualesquiera de sus ámbitos materiales de actuación, incluido el turismo.

Por su naturaleza excepcional destaca la atribución de competencias a favor de las comarcas, en su calidad de entidades locales, en las leyes de turismo de Aragón y de Cataluña. No debe confundirse este fenómeno de atribución de competencias turísticas a favor de una entidad local dotada de personalidad jurídica propia, la comarca, con la declaración de comarcas turísticas, como meras demarcaciones territoriales sobre las que articular territorialmente la política turística de la comunidad autónoma, pero reteniendo ésta en todo caso la

titularidad de las competencias, un fenómeno más cercano a la desconcentración que a la descentralización administrativa (artículo 39.1 de la Ley 5/1999, de 24 de marzo, del turismo de Cantabria, artículos 49, 50 y 51 de la Ley 6/1994, de 16 de marzo, de ordenación del turismo del País Vasco).

La Ley 13/2002, de 21 de julio, de turismo de Cataluña, atribuye expresamente como competencias propias a las comarcas una serie de atribuciones relacionadas esencialmente con el fomento de la actividad turística; la promoción de los recursos turísticos comarcales; la coordinación de la actividad de los municipios si la comarca fuese declarada de interés turístico; la gestión de las oficinas de turismo comarcales; la participación en los instrumentos de planificación turística autonómicos, así como la asistencia a los municipios en la prestación de los servicios mínimos en los municipios turísticos, en caso de dispensa de aquéllos, y el ejercicio de competencias turísticas municipales mediante delegación o convenio.

Especial interés despierta la exhaustiva y ambiciosa atribución de competencias a favor de las comarcas, efectuada por la legislación aragonesa. La aprobación de la Ley 6/2003, de 27 de febrero, de turismo de Aragón, tuvo lugar inmediatamente después de la aprobación de la Ley 23/2001 de las Cortes de Aragón, de 26 de diciembre, de medidas de comarcalización, que supuso un salto e impulso cualitativo del proceso comarcalizador en Aragón, posibilitado por la aprobación de la Ley 10/1993, de 4 de noviembre, de comarcalización de Aragón, considerada como la ley marco del mencionado proceso. La LMC, en su artículo 12, atribuía a las comarcas que se constituyeran (en la actualidad 32 de las 33 posibles), amplias competencias propias en el ámbito de la promoción turística, de las infraestructuras turísticas y de la ordenación y regulación de las actividades turísticas, atribuciones desempeñadas hasta ese momento por la Administración autonómica, previendo en la disposición adicional undécima la adecuación de la legislación sectorial a dichas prescripciones.

El artículo 13 de la LT de Aragón procede con carácter general a dar continuidad y concreción a las disposiciones de la LMC, ratificando gran parte de las competencias en ésta contempladas sin ser literalmente coincidentes en la terminología utilizada, circunstancia que dificulta la tarea interpretativa del operador jurídico (coordinación de las oficinas de turismo; promoción de los recursos y de la oferta turística; emisión de un informe de actividades/fiestas de interés comarcal; planificación y ejecución de actuaciones turísticas...). Asimismo el legislador sectorial amplía y complementa el ámbito

competencial de las comarcas otorgándoles: el ejercicio de las potestades autorizatoria, registral, inspectora y disciplinaria; la elaboración y aprobación del Plan de Dinamización Turística Comarcal, en el marco de las directrices sectoriales autonómicas; y la asistencia y cooperación con los municipios y pequeñas y medianas empresas turísticas. Los artículos 72 y 86 de la LT concretan el alcance de la potestad inspectora y sancionadora, atribuyéndoles la inspección general y la sanción de las infracciones leves y graves relativas a los establecimientos extrahoteleros, salvo los apartamentos turísticos, las empresas de restauración y de turismo activo. En materia de fomento y promoción turística es particularmente llamativa la posición predominante que ostenta la comarca, de forma que de conformidad con el artículo 66.2, la comunidad autónoma se configura como una Administración subsidiaria en este tipo de actuación. Por último, el Decreto 4/2005, de 11 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se modifican los decretos de transferencias de funciones y traspasos de servicios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón a las comarcas, en su anexo describe exhaustivamente el elenco de tareas y atribuciones que le corresponde a las comarcas, ya sea exclusivamente o en colaboración con la comunidad autónoma.

Por lo tanto, en el supuesto aragonés, a diferencia del grueso de la restante legislación autonómica, se atribuye un importante protagonismo a la Administración local en la gestión de la política turística autonómica, si bien no recayendo ésta sobre el municipio sino efectuándose una importante opción a favor de la perspectiva supramunicipal de aquélla, circunstancia esta acorde con la realidad del minifundismo municipal aragonés y con el contenido de una oferta turística que tiene en el territorio y el paisaje su principal materia prima, que no debiera obviar el carácter de entidad local básica del municipio.¹²

Junto a las entidades locales descritas, debe resaltarse el fenómeno asociativo intermunicipal, a través esencialmente de las mancomunidades de municipios, que si bien no figuran expresamente en las leyes turísticas autonómicas, están recogidas en la legislación básica de régimen local y constituyen un instrumento esencial para la gestión en común y voluntaria de obras y servicios de competencia municipal, entre ellos el turismo. La perspectiva supramunicipal de la gestión local del turismo parece ser la más adecuada en la configuración de productos turísticos en la que el territorio, el paisaje, el patrimonio cultural y el medio ambiente, son componentes esenciales de una oferta turística acorde con los principios del turismo sostenible y las características de amplias zonas del territorio de interior español. La arti-

12. A favor de la consideración de la comarca como ámbito adecuado para la gestión turística, se manifiesta D. BLANQUER CRIADO, "Los municipios...", en

Estudio sistemático..., op. cit.

culación de esa gestión supramunicipal a través de mancomunidades municipales preserva la titularidad municipal de las posibles competencias locales en materia turística y garantiza con ello un mayor protagonismo municipal. No obstante, como contrapartida, la posible volatilidad de las mancomunidades, articuladas sobre la estricta voluntad de los municipios partícipes, y la endeblez de las estructuras municipales, en comunidades autónomas dotadas de una planta municipal dispersa y atomizada, frena cualquier iniciativa de otorgar un mayor contenido a las atribuciones competenciales a favor de las entidades locales.

Con independencia de que entre otros fines de las mancomunidades existentes en España figure el turismo, o de la incidencia que en éste tenga la adecuada gestión de los servicios y obras municipales, destacan por su especificidad la Mancomunidad Turística del Maestrazgo, integrada por municipios de las provincias de Teruel y Castellón, y de forma heterodoxa por su diputaciones provinciales, y la Mancomunidad de la Comarca de Avilés.

2.2. La organización administrativa. El especial protagonismo de las personificaciones instrumentales de las entidades locales

La Administración turística se ha configurado durante los últimos años como una Administración compleja, en la que la multiplicidad de objetivos e intereses concurrentes han obligado a establecer estructuras flexibles y plurales. Estas circunstancias no sólo se han reproducido en el ámbito de la organización administrativa local, sino que se han visto incrementadas por el especial protagonismo que los gobiernos locales desempeñan en el fomento de los recursos turísticos, y han provocado que junto con la organización general u ordinaria de las respectivas entidades locales se haya conformado un fuerte entramado de entes instrumentales de naturaleza pública o privada que asumen el protagonismo de la política turística local. A su análisis dedicamos estas líneas.

Como mera aclaración conceptual optamos por la utilización del término "personificación instrumental" en lugar del más consolidado entre la doctrina iuspublicista de "Administración institucional" por considerar que es más comprensivo de la diversidad de entidades creadas por las distintas administraciones públicas locales para la realización de actividades de su competencia, caracterizadas por las notas de su personificación jurídica

ca y dependencia e instrumentalidad respecto de la Administración local matriz. Con ella se da cobertura, junto a los organismos autónomos y entidades públicas empresariales, tanto a las personificaciones de base corporativa, como a las personas jurídicas constituidas en forma privada, fórmula ésta muy extendida en la Administración turística.¹³

Para la efectiva realización de sus competencias, las entidades locales utilizan las formas de gestión de los servicios públicos, tanto directa como indirecta, y de realización de actividades económicas, que con carácter general prevé la legislación de régimen local. Centramos nuestra atención en aquellas fórmulas gestoras, entendidas en sentido lato,¹⁴ que conllevan la creación de entes dependientes de las entidades locales que cuentan con personalidad jurídica propia y diferenciada de las entidades promotoras.

Es una práctica habitual y extendida la articulación de la gestión directa de los servicios turísticos,¹⁵ mediante los denominados *patronatos de turismo*, sobre los que recae la labor de promoción y fomento de los recursos y de las actividades turísticas en el ámbito local correspondiente. A pesar de su denominación, procedente de la antigua caracterización de estos organismos públicos como fundaciones públicas del servicio, su naturaleza jurídica es la propia de los organismos autónomos tras la aprobación de la LRBRL. Por lo tanto, en tanto que fórmula de gestión directa de servicios son entidades públicas sometidas al Derecho público en todos los ámbitos de su actuación, y en particular a sus estatutos, configuradas como meros entes dependientes de las entidades locales que las han constituido, para la realización de actividades y servicios no sometidos a contraprestación económica, en ejercicio de su potestad autoorganizadora, con las que mantienen una relación de dependencia e instrumentalidad.¹⁶

Resulta llamativa la regulación que de los patronatos de turismo realiza la Ley 10/97, de ordenación del turismo de Castilla y León (artículos 11 a 13). Su configuración resulta híbrida y dudosa, puesto que más que de un organismo autónomo propiamente dicho dependiente de una entidad local, como fórmula de gestión directa de servicio público, su régimen jurídico y composición, integrada por otras administraciones y agentes sociales, resulta ser asimilable a la figura de los consorcios a cuya denominación se equipara. No obstante, tal como observaremos a continuación, no existe una absoluta identidad con la regulación de éstos, puesto

13. En este sentido, con carácter general, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Apuntes de Derecho administrativo*, p. 765, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1986.

14. En sentido estricto únicamente se podrían considerar fórmulas gestoras de servicios públicos locales las previstas en el artículo 85.2 de la LRBRL.

15. La naturaleza jurídica de servicio público de la actividad turística

queda confirmada por la STS de 23 de febrero de 1995. Así lo destaca J. TUDELA ARANDA, "La organización...", *op. cit.*, p. 73.

16. Como muestra de un análisis detallado del régimen jurídico de este tipo de entidades públicas, ver M. CORCHERO, "La organización...", *op. cit.*, p. 83 y 89, que describen el Patronato de Promoción del Turismo y Artesanía de la Diputación de Cáceres y el Patronato Provincial de Turismo de Badajoz.

que parece que la idea del legislador castellano consiste en hacerlo depender de una única administración local incorporándose el resto de posibles partícipes, sean éstos públicos o privados.

Tras la aprobación de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de modernización del gobierno local, que ha supuesto la modificación del artículo 85 de la LRBRL y la introducción de los nuevos artículos 85 bis, artículo 85 ter, es posible que las entidades locales constituyan entidades públicas empresariales, en cuanto entidades públicas sometidas con carácter general al Derecho privado, salvo en lo relativo a la formación de la voluntad de sus órganos, el ejercicio de las potestades, régimen económico y contable, a las que se les encomienda actividades prestacionales, la gestión de servicios públicos o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación económica. Esta opción organizativa es perfectamente utilizable en el ámbito de la actividad turística por las entidades locales, de igual forma que ocurre en el ámbito estatal y en el ámbito autonómico a través de las entidades públicas, y permite cohesionar el ejercicio de potestades administrativas, expresamente atribuidas en sus estatutos, con la realización de actividades de contenido económico a través de una única personificación jurídica, formalmente diferenciada de la entidad local matriz.

Asimismo, es práctica habitual la constitución de sociedades, tanto como fórmulas de gestión de servicios públicos como de realización de actividades económicas propiamente dichas, siendo frecuente en los últimos años tanto en el ámbito autonómico como local la constitución de sociedades para el fomento turístico. En estos supuestos la participación de la entidad local en la sociedad puede ser íntegra o parcial. En el primer supuesto nos encontraremos ante una sociedad pública local, ya sea como fórmula de gestión directa de servicio público o de realización de una iniciativa económica, y en el segundo ante sociedades mixtas, ya como fórmula de gestión indirecta de servicios o de iniciativa económica local participada, con participación mayoritaria o minoritaria por parte de la entidad local.

En Aragón, comunidad en la que desarrollo mi actividad, la regulación de estas fórmulas de gestión o de actuación se encuentra en la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, y en el Reglamento de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón, Decreto 346/2002, de 19 de noviembre.¹⁷ La utilización de las distintas modalidades gestoras

ha sido variada. Destaca, a título de ejemplo, la existencia de patronatos de turismo, considerados como organismos autónomos, como el dependiente de la Diputación de Zaragoza, creado en el año 1997, en cuyo Consejo participan, junto a representantes de la corporación provincial, representantes de las asociaciones de municipios y cinco personas con experiencia y responsabilidad en la materia designados por la corporación provincial, que confirma nuestra opinión de la existencia de un ámbito competencial de cobertura en materia de turismo a favor de las diputaciones, respetuoso con las directrices sectoriales que al respecto pueda dictar la comunidad autónoma.¹⁸ Asimismo, recientemente el Ayuntamiento de Sallent de Gállego, en cuyo término municipal se ubica una de las principales estaciones de esquí del Pirineo aragonés, ha constituido una sociedad mercantil, Articalengua-Las Bozosas SA, de capital mixto, mayoritariamente municipal, con la mercantil Aramón SA, con una participación del 60% y 40% respectivamente, que encuadrada en la iniciativa económica local pretende favorecer el desarrollo urbanístico de los terrenos circundantes a la estación de Formigal y coadyuvar con ello a la financiación de los trabajos de ampliación y modernización de aquélla, con una evidente proyección turística en su actuación.

Si bien la LPAC contempla los consorcios como una consecuencia organizativa posible para proceder a la gestión de las obligaciones y prestaciones dimanantes de la suscripción de un convenio interadministrativo, en razón de la sistemática de esta colaboración que frente a la clásica denominación de *administración institucional* ha optado por la categoría de personificación instrumental, comprensiva de las personificaciones corporativas como los consorcios, invertiremos el orden de su exposición.

Los consorcios, entidades públicas con personalidad jurídica propia previstas en el artículo 87 de la LRBRL y en el artículo 6.5 de la LPAC, integrados por entidades locales y otras administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de aquéllas, son una fórmula idónea para incorporar en una acción turística conjunta tanto a las diversas administraciones territoriales implicadas como a los agentes sociales interesados. Esta circunstancia, que permite incorporar a los agentes privados a la elaboración y articulación de la política turística local en un sector en el que la implicación entre lo

17. Esta regulación la he analizado en P. L. MARTÍNEZ PALLARÉS, "Los servicios públicos locales en el Reglamento de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón", RarAP, núm. 22, p. 259-307, y "Los servicios públicos locales en la Ley 57/2003, de modernización del gobierno local", RarAP, núm. 289-321.

18. M. CORCHERO, "La organización administrativa...", *op. cit.*, p. 73 y ss., se

manifiesta en idéntico sentido. Al analizar la administración institucional de las entidades locales extremas describe con destalle el régimen jurídico del Patronato Provincial de Turismo de Badajoz y del Patronato de Promoción del Turismo y de la Artesanía de Cáceres, caracterizados como organismos autónomos.

público y lo privado es intensa, y que posibilita actuar en un marco territorial de ámbito supramunicipal, ha favorecido que un sólido sector de la doctrina iuspublicista considere más pertinente la creación de este tipo de entidades públicas que la creación de nuevas entidades locales como las comarcas.¹⁹

No nos encontramos ante una modalidad gestora de servicios públicos locales sino ante una entidad pública de composición múltiple, que tendrá carácter local o no en función de la naturaleza de sus fines y del grado de participación local, que puede utilizar en su giro o tráfico jurídico las fórmulas gestoras de servicios públicos y realización de actividades económicas que considere oportunas y necesarias. Como muestra de los múltiples consorcios constituidos al respecto destaca la amplia utilización de esta personificación en materia turística en la Región de Murcia, Consorcio Cartagena Puente de Culturas, La Manga Consorcio, Consorcio Vía Verde del Nordeste, Consorcio de Mazarrón, entre otros.

Con carácter específico, ya hemos hecho referencia a la regulación castellano-leonesa. Resta hacer mención a la Ley 7/2003, de 14 de febrero, de turismo de Navarra (artículo 11), que define los consorcios como “foro de encuentro, coordinación y trabajo en común de las entidades municipales y las empresas privadas del sector turístico en el medio rural. En el marco de lo dispuesto en la Ley foral de Administración local de Navarra, tendrán personalidad jurídica propia e independiente y ejecutarán las competencias de turismo de los entes locales consorciados que le sean atribuidas por éstas”. En este sentido destaca la constitución de consorcios exclusivamente turísticos (Consorcio de Bertiz, Plazaola, Pirineo Aragonés y Tierra de Estella) y los denominados consorcios de desarrollo, que cuentan con una sección específica de turismo (Consorcio de la Zona Media).²⁰

En la legislación de régimen local aragonesa se realiza una detallada y clarificadora regulación de los consorcios, que son configurados como entidades públicas de carácter asociativo, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para crear y gestionar servicios y actividades de interés local o común, a las que en todo caso podrán “incorporarse” entidades privadas sin ánimo de lucro, previo convenio en el que se fijen las bases que hayan de regir su actuación (artículo 218 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón). Las entidades locales que los constituyan deberán tener distinto nivel territorial. Su caracterización como entidades locales dependerá de que los fines perseguidos sean locales y las administraciones públicas que lo integren sean entidades locales o en su

caso la participación autonómica sea minoritaria (artículo 321.3 del RBASO de las entidades locales de Aragón).

2.3. Los convenios de colaboración

Por último, los convenios son un instrumento jurídico por excelencia de articulación de la actividad de las administraciones públicas con competencias concurrentes en materia de turismo. A través de ellos las administraciones se comprometen conjuntamente en pie de igualdad, y de forma voluntaria, al cumplimiento de una serie de obligaciones determinadas, posibles y lícitas, sin que ello suponga alteración alguna en la titularidad de las competencias que ostenten aquéllas.

Todas las administraciones públicas utilizan profusamente estos instrumentos como técnica imprescindible para la colaboración interadministrativa entre ellas, así los suscritos por el Estado y las comunidades autónomas, destacando los convenios para la gestión del Plan FUTURES y PICTE, entre otros; los suscritos entre las comunidades autónomas entre sí, como el que supuso la creación del Consorcio de la España Verde; entre el Estado y las entidades locales, como el suscrito, con la discutible denominación de acuerdo de intenciones, entre el Estado y la Diputación de Zaragoza para la ubicación de un parador de turismo en el Monasterio de Veruela; y los suscritos entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales para la gestión de los denominados *planes en destino o de excelencia* (recuperación y regeneración de destinos maduros) y de *dinamización turística* (destinos emergentes con importante patrimonio histórico-artístico y/o natural), que, en ejecución de los programas de calidad de los destinos turísticos previstos en el PICTE 2000-2006, suponen una aportación financiera paritaria de todas ellas, y la asunción por las administraciones central y autonómicas de las funciones de asesoramiento y orientación de los planes. Asimismo, son parte integrante de los convenios las asociaciones locales de empresas turísticas.

En la Comunidad Autónoma de Aragón se han desarrollado planes de excelencia y dinamización turística, promovidos por la Secretaría General de Turismo del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, la Dirección General de Turismo del Departamento de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno de Aragón, la Administración local y las asociaciones de empresarios de las zonas beneficiarias, con una duración de tres años. La filosofía que informa estos planes en destino confirma la tesis sostenida al inicio de estas líneas de que el territorio y las infraestructuras y recursos turísti-

19. En este sentido, destaca J. M. CASTELLS ARTECHE y E. M. LÓPEZ TUBIA, “Comarca turística versus consorcio turístico. La ordenación del agroturismo en el territorio histórico de Guipúzcoa”, en *Turismo 2000*, director D. Blanquer, p. 89-112, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

20. M. M. RAZQUÍN LIZARRAGA, “La ordenación...”, *op. cit.*, p. 53. Especial atención dedicó a los consorcios en M. M. RAZQUÍN LIZARRAGA, “Organización local del turismo”, en *Turismo 2000*, coordinador D. Blanquer, p. 39 y ss., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

cos ubicados en aquél son la principal materia prima del producto turístico que se oferta, teniendo en su adecuada configuración un papel de especial liderazgo las entidades locales, sin perjuicio de la implicación de la iniciativa social en el mismo. Se han ejecutado los planes de excelencia turística del Valle de Tena y del Valle de Benasque y los planes de dinamización de la Sierra de Gúdar, del Maestrazgo y del Valle del Aragón. En la actualidad están desarrollando los planes de excelencia de Zaragoza y de Teruel y los de dinamización del Matarraña, del Sobrarbe, del Somontano de Barbastro, de la Comarca de Albarracín, de la Comarca del Campo de Borja y de la Sierra de Javalambre. Las actuaciones más destacadas han consistido en la realización de señalización turística y de senderos, embellecimiento de entornos, renovación y en su caso instalación de oficinas de turismo, iluminación de monumentos, programa de aproximación a la calidad turística, edición de material divulgativo, entre otras. La valoración de todas estas actuaciones, articuladas a través del principio de la sostenibilidad y de la colaboración interadministrativa es altamente positiva por parte de todos los sectores implicados, como instrumentos adecuados de integración y reequilibrio territorial y de fomento y creación de recursos turísticos.²¹

3. El municipio turístico

El artículo 30 de la LBRL prevé la posibilidad de que las leyes autonómicas sobre régimen local establezcan regímenes específicos para municipios en los que concurren una serie de circunstancias, entre las que destaca su carácter histórico-artístico o el predominio en su término de actividades turísticas entre otras. Martín M. Razquín, no obstante, ha destacado que esta posibilidad de excepción al uniformismo que caracteriza nuestra legislación básica de régimen local cuenta con un margen de maniobra relativamente escaso.

Las previsiones normativas sobre esta especificidad del régimen general municipal se ha articulado a través de las normas autonómicas de desarrollo de las bases del régimen local y a través de la regulación establecida en las leyes sectoriales que sobre el turismo han aprobado las distintas comunidades autónomas. En estas breves líneas centraremos nuestra atención en la regulación realizada al respecto por las leyes autonómicas sectoriales de turismo, por considerar junto con Bermejo Vera que la vía más eficaz para el

establecimiento de un estatus para esta tipología de municipios se encuentra en ella.²²

Un análisis general de la regulación realizada por las comunidades de Andalucía, Aragón, Canarias, Cantabria, Cataluña, Galicia, Murcia y Valencia nos permite afirmar que el legislador sectorial autonómico ha configurado un estatuto jurídico de esta tipología de municipios tendente a encontrar singulares fuentes de financiación, tratando con ello de ayudarles a conllevar la "carga" que supone una actividad turística fuertemente desarrollada, obviando el establecimiento de especificidades organizativas que de ésta se pudiera derivar. Asimismo, desde una perspectiva de la ordenación territorial, consideramos acertada la valoración de A. Nogueira López de que habitualmente la declaración de municipio turístico o similar responde exclusivamente al intento de mejorar la promoción de las zonas consolidadas turísticamente, careciendo de relevancia territorial, sin perjuicio de que las nuevas exigencias de calidad incidan también sobre ellos.

El contenido de las diferentes leyes autonómicas reseñadas obedece al intento de resolver tres cuestiones en relación con el estatuto jurídico de esta tipología municipal: qué requisitos se toman en consideración para declarar a un municipio como turístico; qué procedimiento se ha de seguir para la declaración de municipio turístico; cuáles son las consecuencias de la declaración.²³

A título meramente informativo, realizaremos una breve exposición de los aspectos más destacados de las respectivas legislaciones autonómicas:²⁴

La Ley andaluza, de 2 de diciembre de 2000, no establece los criterios en los que debe fundamentarse la declaración de municipio turístico, efectuando una remisión reglamentaria únicamente condicionada a la necesidad de existencia de población turística asistida, a la necesidad de evaluar el número de visitantes y la oferta turística existente, y a la exclusión de los municipios de más de 100.000 habitantes. Establece como objetivo el fomento de la calidad en la prestación de los servicios municipales, nada prevé en relación con éstos, y se limita a prevenir la existencia de convenios interadministrativos que compensasen la mayor onerosidad por la prestación de los mismos. El Decreto 158/2002, de 28 de mayo, ha efectuado el desarrollo reglamentario anunciado y entre otras disposiciones ha concretado los requisitos que debe reunir un municipio para poder ser declarado "municipio turístico", estableciendo que el número de pernoctaciones diarias de media anual en

21. Información facilitada por la Dirección General de Turismo del Departamento de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno de Aragón.

22. Así se manifestaba J. BERMEJO VERA en "Régimen jurídico de los municipios turísticos", *Documentación Administrativa*, núm. 259-260, p. 229, MAP, Madrid, 2001. Para conocer la regulación realizada a través de las leyes autonómicas de desarrollo de la legislación básica de régimen local, me remito a

J. BERMEJO VERA, *Régimen jurídico de los municipios turísticos*, op. cit., p. 226 y ss.

23. De esta forma lo ha sistematizado con acierto J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, "Derecho público...", op. cit., p. 74 y 75.

24. Para un estudio más detallado y exhaustivo, ver J. BERMEJO VERA, *Régimen jurídico...*, op. cit., p. 213 y ss.

los establecimientos de alojamiento turístico supere el diez por ciento de los vecinos o se alcance dicho porcentaje durante tres meses al año o que el número de viviendas de segunda residencia supere al de viviendas principales, siempre que éstas sean más de quinientas. Asimismo se establece que en el procedimiento de declaración, que corresponde al ejecutivo andaluz, deberá participar el Consejo Consultivo de Turismo. Particular interés tiene las previsiones del artículo 13.2 del mencionado Decreto sobre los convenios de financiación que deberán perseguir los fines que expresa y reglamentariamente se establecen (protección de los valores culturales y tradicionales, salvaguarda del medio ambiente, preservación de los bienes públicos y privados relacionados con el turismo municipal, entre otros).

La Ley 6/2003, de 27 de febrero, de turismo de Aragón, regula el municipio turístico en su artículo 15, estableciendo en primer lugar los requisitos o criterios que se toman en consideración para declarar a un municipio "turístico", exigiendo la concurrencia de al menos dos requisitos de los tres que la Ley establece, referidos todos ellos a la población turística y al número de residentes y de alojamientos turísticos o de segunda residencia y el número de viviendas de residencia primaria: "que se trate de municipios cuya población de hecho al menos duplique la población de derecho en las temporadas turísticas", "que el censo de viviendas existentes en el término municipal sea superior al doble de las viviendas habitadas por sus habitantes de derecho", o "que el número de plazas turísticas hoteleras o extrahoteleras duplique, al menos, la población de derecho". Asimismo se establecen una serie de criterios complementarios que se tendrán en cuenta para efectuar la declaración, referentes a la existencia de planeamiento municipal, la existencia de zonas verdes y espacios libres que sirvan de protección al núcleo histórico edificado, esfuerzo presupuestario del municipio, existencia de recursos turísticos de relevancia, entre otros. Debe destacarse que las entidades locales menores, si reúnen los requisitos reseñados también pueden ser beneficiarias de una declaración de este tipo, si bien nada se regula respecto del régimen jurídico del "pueblo turístico".

En relación con el procedimiento, su iniciación se efectuará a instancia del municipio interesado, debiendo interpretarse que la iniciativa también le corresponderá al departamento competente en materia de turismo, a quien en todo caso le corresponde efectuar la mencionada declaración, previo informe de la comarca a la que pertenezca. Las consecuencias de la declaración de municipio turístico, al igual que en la mayoría de la legis-

lación analizada, son escasas, previéndose una incidencia en la actividad de los particulares al establecerse que la calidad se incorporará a los criterios de gestión de las empresas y servicios turísticos²⁵ y estableciéndose una indeterminada preferencia de la entidad local respecto de las medidas de fomento del departamento responsable en materia de turismo. Junto a ello, se establece una posible consecuencia orgánica, al preverse la posibilidad de que en el seno de los municipios se constituya un consejo sectorial de turismo, con representación de los sectores implicados, previsión ésta de naturaleza facultativa que nada añade a la organización complementaria de los municipios en Aragón, fuertemente arraigada en la potestad autoorganizatoria municipal.

La legislación canaria establece en el artículo 65 de la Ley 7/1995 una serie de servicios obligatorios que habrán de prestar los municipios turísticos, consistentes en el servicio de vigilancia medioambiental, de vigilancia de las playas y la creación de centros de información turística, que vienen a complementar los establecidos como necesarios en la legislación básica estatal. Junto a ello la disposición adicional segunda ordena la elaboración de un estatuto de los municipios turísticos que, en todo caso, debería pivotar sobre una serie de criterios tendentes a garantizar la vocación turística tanto del demanio como de los servicios públicos municipales, a establecer medidas fiscales y de financiación adecuada para el mantenimiento de los municipios, a preservar los atractivos que los individualizan y a garantizar la participación de los ciudadanos en la gestión pública tanto en los núcleos separados del casco urbano como en los barrios.

La Ley 5/1999, de 24 de marzo, de turismo de Cantabria, prevé la posibilidad de establecer comarcas turísticas, configuradas como ya hemos hecho referencia anteriormente como un ámbito de gestión desconcentrada de la política turística de la comunidad autónoma, por lo que omitimos su comentario. La Ley establece la posibilidad de declaración de municipio turístico, debiendo concurrir dos circunstancias, una de ellas cuantitativa, que deberá tener en cuenta la existencia de una considerable afluencia de visitantes y pernoctaciones y de un número significativo de segundas residencias, y cualitativa la segunda, debiendo existir un plan de promoción y fomento del turismo donde la calidad y la innovación sean de la máxima importancia. De la lectura de los parámetros que la Ley enumera que deben considerarse al objeto de proceder a la correspondiente declaración se pueden deducir implícitamente las materias sobre las que, entre otras, deben actuar los mismos: cultura, urbanismo, depuración de aguas residuales, recogida, reuti-

25. Particularmente crítico con esta previsión, por su incidencia en la libertad de empresa y la ausencia de determinaciones que clarifiquen quién va a asumir el coste de las estrategias y protocolos de calidad, se muestra

D. BLANQUER CRIADO "Los municipios turísticos aragoneses", en *Estudio sistemático de la Ley de turismo de Aragón*, director J. Tudela Aranda, Cortes de Aragón, Zaragoza, 2006 (en prensa).

lización y reciclaje de residuos, que supone una implícita atribución de competencias. Nada se dispone sobre la financiación, excepción hecha de la inclusión de ayudas en el Plan de Turismo de Cantabria que se instrumentará reglamentariamente.

La Ley de turismo de Cataluña, en sus artículos 18 a 22, regula la figura del municipio turístico. Podrán tener la consideración de tal municipio, aquellos cuya "media ponderada anual de población turística sea superior al número de vecinos y el número de plazas de alojamiento turístico y de plazas de segunda residencia sea superior al número de vecinos" o en los supuestos en que el término municipal incluya un área territorial que tenga la calificación de recurso turístico esencial, es decir, aquellos que, conjunta o separadamente con otros, tienen la capacidad de generar las corrientes de turismo más relevantes y contribuyen a reforzar la realidad de Cataluña como marca turística global y a promocionar el país como destino turístico. Corresponde al Gobierno catalán efectuar la declaración, previa solicitud del municipio interesado, y la emisión de los correspondientes informes preceptivos previstos en la Ley, y los efectos de la misma tendrán incidencia tanto en aspectos competenciales como de financiación. Como consecuencia de ello, los municipios turísticos catalanes incrementarán sus servicios mínimos u obligatorios en relación con la protección de la salubridad pública y de la higiene, protección civil y seguridad ciudadana, señalización turística, acceso a internet, entre otros, siendo considerados como prioritarios a efectos de su inclusión en el Plan Director de Inversiones Locales. Dicha preferencia se mantiene en relación con los planes, medidas y actuaciones a realizar por los poderes públicos catalanes en relación con la actividad turística.

La Ley gallega de ordenación y promoción del turismo en su artículo 8 incluye la posibilidad de declarar municipios turísticos, estableciendo para ello dos criterios materiales que de forma opcional deben cumplirse para acceder a la mencionada declaración. Así podrán ser declarados como tales los municipios "que por la afluencia periódica o estacional la media ponderada anual de población turística sea superior al veinticinco por ciento de residentes o el número de alojamientos turísticos superior al cincuenta por ciento del número de residencia primaria" o "los que acrediten contar con algún servicio turístico susceptible de producir una atracción turística de visitantes cinco veces superior a su población, computada a lo largo del año", cohonestando estos criterios cuantitativos con otros cualitativos como la actuación municipal en relación con una serie de servicios e infraestructuras. Las previsiones sobre las consecuencias

de la declaración son parcas y escasamente desarrolladas por la Ley, que nada dispone sobre aspectos competenciales y organizativos y que en relación con la financiación se limita a prever el carácter preferente de este tipo de municipios en los planes provinciales de cooperación y en los planes de desarrollo y mejora del sector turístico de la Xunta. Por su parte, el Decreto de la Xunta, de 30 de julio de 1998, que regula el procedimiento de declaración de municipio turístico, incide en la misma línea, ciñéndose a aspectos procedimentales de la mencionada declaración y a las consecuencias de la misma, tales como la prioridad en la obtención de ayudas y subvenciones para la potenciación de programas locales de desarrollo y potenciación de los recursos turísticos.

La Región de Murcia, a través del artículo 51 de la Ley 11/1997, de 12 de diciembre, regula las características que deberán tenerse en cuenta para la declaración de municipio turístico. En el listado de condiciones que se valorarán de forma conjunta y no disyuntiva, previstas en el apartado 3 del mencionado artículo, no se establece ningún criterio cuantitativo de visitantes y de alojamientos turísticos en relación con la población residente y el parque destinado a primera residencia, si bien se establece como necesaria la existencia de oferta turística de alojamiento y complementaria y un incremento significativo de población de carácter estacional, criterios que se complementan con el presupuestario dedicado a la promoción turística, con la aprobación de ordenanzas de medio ambiente y la existencia de oficinas de turismo. Nada se dispone en relación con las consecuencias de esta declaración salvo la obtención de beneficio preferente de las acciones de fomento y promoción de la Administración autonómica.

Particular interés tiene la regulación efectuada por la Comunidad Valenciana a través de los artículos 25 a 35 de la Ley 3/1988, desarrollada mediante el Decreto 71/2000, de 22 de mayo, regulador de los convenios de municipios turísticos. Las peculiares características de la comunidad han aconsejado al legislador establecer una tipología de municipios turísticos fundamentada en los criterios de estacionalidad o estabilidad de la afluencia de visitantes, grado de incidencia de la actividad turística en el conjunto de la actividad económica del municipio, capacidad de los alojamientos turísticos y, en su caso, de la segunda residencia en relación con el parque de viviendas destinadas a primera residencia. De esta forma se distingue entre "destino turístico", "destino vacacional", "destino de atracción turística", clasificación que tendrá directa influencia a la hora de establecer el régimen especial que para cada uno de estos municipios prevé la Ley.²⁶

26. Una valoración crítica con la efectiva aplicación de este peculiar régimen jurídico en la Comunidad Valenciana, por la profusión de su utilización

que conlleva desvirtuar su finalidad, puede verse en D. BLANQUER, "Los municipios turísticos...", *op. cit.*

Los municipios declarados “destino turístico” tendrán que orientar preferentemente sus servicios públicos al turismo, en la tramitación de los planes urbanísticos deberá emitirse un informe preceptivo no vinculante por la Agencia Valenciana de Turismo, deberán identificar sus núcleos turísticos conservando y diversificando sus atractivos, y por último podrán suscribir convenios con la Generalitat para “determinar las formas de cooperación y coordinación en el ejercicio de aquellas competencias necesarias para prestar sus servicios específicos”. Los municipios declarados “destino vacacional” tendrán un régimen especial de idénticas características, sin tener que orientar sus servicios únicamente a la actividad turística, en lógica coherencia con el carácter estacional de esta actividad en los mismos. Por último, los municipios declarados de “destino de atracción turística” cuentan con idénticas prescripciones en relación con la identificación y conservación de sus núcleos turísticos y con la posibilidad de suscripción de convenios para el ejercicio de competencias necesarias para la prestación de los servicios turísticos. Al margen de la mayor o menor incidencia de la intervención autonómica en el ejercicio de las funciones urbanísticas de los mencionados municipios, y del mayor o menor grado de prescripciones a respetar en función de la tipología de los mismos, debemos resaltar la previsión, común a todos ellos, de la posibilidad de suscribir convenios por los que la comunidad autónoma pueda coordinar el ejercicio de sus competencias con el ejercicio de las competencias municipales.

No obstante, es desde el punto de vista de la financiación en el que la legislación valenciana, desarrollada por el Decreto 71/2000, especifica con mayor grado de detalle los instrumentos de colaboración entre la comunidad autónoma y los municipios declarados turísticos mediante la previsión de convenios para la compensación financiera, destinados a compensar el especial esfuerzo económico que han de realizar que no pueda ser costado por tributos; de convenios para la adaptación de municipios turísticos destinados a financiar los proyectos que tengan por objeto la mejora de espacios de uso turístico; de convenios para la competitividad y la comunicación tendentes a financiar las actividades de comercialización y comunicación de los recursos del municipio en colaboración con el sector.

De la regulación reseñada destaca la posición predominante de la Administración autonómica respecto de la efectiva declaración del municipio turístico, salvedad hecha del supuesto valenciano, consecuencia de la

habitual utilización de conceptos jurídicos indeterminados de mayor o menor amplitud en la definición de los requisitos exigidos y de la atribución a aquella tanto de la concreción y alcance de los mismos como de la oportunidad de la declaración, sin que pueda considerarse ésta un derecho subjetivo por los municipios implicados.²⁷ Una segunda característica destacable es el reducido alcance de los efectos de la declaración, habitualmente circunscritos a una indefinida y genérica preferencia en los planes de actuación e instrumentos de financiación autonómicos.²⁸ Sin llegar a la contundente afirmación de David Blanquer de considerar una determinada regulación del estatuto del municipio turístico como “normativa de hojalata”,²⁹ sí que consideramos que, con carácter general, las exiguas consecuencias de tal declaración, la ausencia de compromisos concretos de financiación y la inconcreción de los instrumentos de participación de los sectores afectados en la organización municipal, convierten el estatuto de municipio turístico en una denominación meramente honorífica.

4. La participación de las entidades locales en los instrumentos de planificación turística

4.1. Participación en instrumentos autonómicos

No es posible finalizar un trabajo que pretende describir el papel que la legislación sectorial autonómica en materia de turismo ha asignado a las entidades locales sin abordar la descripción y análisis de la participación de los entes locales en los instrumentos de planificación y ordenación de la política turística, máxime en un ordenamiento jurídico que, como el español, hace pivotar la autonomía local sobre el derecho a la participación de las entidades locales en cuantos asuntos afecten al círculo de sus intereses.

Del análisis de los textos legislativos aprobados por las distintas comunidades autónomas, se observa la existencia de dos tendencias claramente diferenciadas. La primera de ellas no toma en consideración dicha participación, ya sea porque se limita a una mera audiencia de las entidades locales afectadas, porque no se contempla ningún tipo de participación o porque nada se prevé al respecto, recayendo en exclusiva sobre la comunidad autónoma la responsabilidad de la definición de la política turística a desarrollar en su territorio. Esta opción legislativa es coherente con la progresiva centralización de las decisiones en materia turística pro-

27. La limitación del margen de apreciación de la Administración autonómica que se produce en la regulación valenciana es especialmente destacada por J. BERMEJO VERA, *op. cit.*, p. 234-235, y D. BLANQUER CRIADO, “Los municipios turísticos en Aragón”, en *Estudio sistemático...*, *op. cit.*

28. D. BLANQUER CRIADO, *Derecho del turismo*, p. 115 y 116, Tirant lo Blanch,

Valencia, 1999, enumera las consecuencias habituales de este tipo de declaración.

29. D. BLANQUER CRIADO, “Los municipios turísticos aragoneses”, en *Estudio sistemático...*, *op. cit.*

ducido en su momento a favor del Estado y en la actualidad a favor de las comunidades autónomas. En esta primera línea descrita se enmarcan las leyes de las siguientes comunidades:

La Ley de ordenación y promoción del turismo de Galicia, que si bien inicialmente en su artículo 9, al regular los principios que deben inspirar la actuación interadministrativa establece los convenios y conferencias para dar cumplimiento a los mismos, posteriormente al regular expresamente los instrumentos de planificación y ordenación omite cualquier referencia a aquéllos. El artículo 11 de la Ley, al establecer el procedimiento de elaboración y aprobación del Plan Gallego de Promoción del Turismo, no hace referencia a conferencia alguna y se limita a conceder audiencia a las diputaciones provinciales y entidades representativas de los municipios. En idéntica línea el artículo 13 al regular el procedimiento de elaboración y aprobación del Plan de Ordenación Turística, que entre otras prescripciones va a definir como preferentes las comarcas, municipios, localidades y áreas territoriales que constituyendo enclaves turísticos importantes carezcan de infraestructuras, únicamente prevé una mera audiencia a las entidades locales con carácter previo a su aprobación definitiva por el Consejo de la Xunta.

La Ley de turismo de la Región de Murcia, al establecer los principios rectores del ejercicio de las competencias autonómicas en materia de turismo, incluye entre ellos la consideración del municipio como protagonista de la acción pública en materia de turismo. Este papel protagonista, a nuestro entender, no se encuentra convenientemente recogido en los artículos que regulan los distintos instrumentos de planificación y ordenación. Así, el artículo 5, al definir el Plan Regional de Infraestructuras Turísticas, efectúa una remisión genérica a la potestad reglamentaria, sin condicionante alguno para que regule el procedimiento de elaboración del mismo, que implica que, al menos, las entidades locales no tienen garantía alguna de participación en su elaboración.

La Ley de turismo de la Comunidad Valenciana atribuye en el artículo 38 la aprobación del Plan de Espacios Turísticos a la Agencia Valenciana de Turismo. Dicho Plan debe contener la delimitación de los espacios turísticos, las directrices generales y las directrices parciales para cada una de las zonas o espacios delimitados, prescripciones que afectarán indudablemente al interés de las entidades locales ubicadas en las mismas. No obstante, se obvia cualquier intervención preceptiva de éstas en su elaboración, previéndose la audiencia de los ayuntamientos afectados en los supuestos de declaración de áreas especiales.

La Ley de ordenación del turismo de la Comunidad de Madrid omite cualquier referencia a las entidades locales, en los artículos 38 y 39 reguladores de los procedi-

mientos de elaboración y aprobación del Plan Regional Integral de Turismo y de los planes parciales respectivamente. La participación de las entidades locales se prevé en el artículo 40 con motivo de la declaración de área especial, que puede consistir en área de preferente uso turístico o en área saturada, pronunciamientos que, en ambos supuestos, conllevan una inevitable incidencia en las entidades locales comprendidas en ellas.

La Ley de ordenación del turismo de Cantabria, en la somera regulación que realiza de los denominados *planes integrales de aprovechamiento turístico* no establece un procedimiento básico de elaboración de los mismos, obviando cualquier referencia expresa a las entidades locales que únicamente se produce con motivo de la declaración de zona de interés turístico, mediante la audiencia de los interesados.

La Ley general turística de las Islas Baleares regula en su artículo 5 los instrumentos de ordenación general de la oferta turística, que se articulan a través de los planes de ordenación de la oferta turística y de los planes territoriales parciales, sin que se prevea intervención alguna de las entidades locales de las islas.

La segunda opción seguida por las restantes comunidades que han legislado sobre la materia, establece mecanismos de participación directa de las entidades locales en los instrumentos de planificación, ya sea a nivel regional o subregional o en ambos casos a la vez, garantizando con ello la participación de las entidades locales en los asuntos que afectan al núcleo de sus intereses.

La Ley de turismo de Aragón no prevé una especial participación de las entidades locales en el procedimiento de aprobación de las directrices parciales sectoriales de ordenación de los recursos turísticos, si bien deja abierta la posibilidad de su audiencia junto con cuantas entidades y organismos se estimen necesarios. No obstante, el artículo 11 prevé la posible existencia de conferencias sectoriales, que en el supuesto de constituirse tendrían un especial protagonismo en la elaboración del Proyecto de Directrices. Debe destacarse que las comarcas, entidad local sobre la que pivota esencialmente la actividad turística local en esta comunidad, pueden tener un instrumento de especial interlocución sobre la política turística autonómica a través del Consejo de Coordinación Comarcal creado mediante el Decreto 345/2002, de 5 de noviembre.

Particular relevancia posee la previsión realizada por la Ley de ordenación del turismo de Canarias, de la existencia de las conferencias sectoriales, integradas por el titular de la consejería competente y los representantes de los cabildos insulares y de los municipios más representativos por su desarrollo turístico que, de conformidad con el artículo 10, es el foro en el que ha de concertarse el contenido del Plan Sectorial de Interés General en materia turística.

La Ley de turismo de Castilla y León, en su artículo 4, al regular las relaciones interadministrativas en materia turística, configura igualmente a los convenios y conferencias sectoriales como instrumentos para dar efectividad a los principios de cooperación, colaboración e información mutua. Si bien no se establece una intervención específica de las conferencias sectoriales en el procedimiento para la elaboración de los instrumentos de planificación turística, sí que existe una expresa previsión de participación de las entidades locales en la elaboración del Plan de Turismo de Castilla y León.

Por último, la Ley de turismo de Cataluña en su artículo 15 prevé una específica consulta institucional, especialmente de las entidades locales, como trámite previo e imprescindible para la aprobación del Plan de Turismo de Cataluña, si bien su concreta articulación queda diferida a su posterior desarrollo reglamentario.

4.2. Participación en los instrumentos estatales

Tal como hemos descrito al inicio de esta colaboración, el Estado retiene algún tipo de competencias sobre la actividad turística, mediante títulos concurrentes con la inicialmente exclusiva competencia autonómica. La particular importancia de la industria turística en el conjunto de la actividad económica española apodera especialmente al Estado para que realice específicas políticas de configuración del producto turístico a ofrecer en el exterior y de promoción del mismo, en colaboración con las comunidades autónomas. Los instrumentos de participación de las entidades locales en la elaboración de esta política es lo que nos interesa reseñar en estas líneas.

El Real decreto 719/2005, de 20 de junio, ha procedido a la creación del Consejo Español de Turismo y la supresión del Consejo Promotor del Turismo y del Observatorio del Turismo, hasta entonces existentes como órganos de participación. El nuevo órgano, de naturaleza asesora y consultiva, está adscrito al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, a través de la Secretaría General de Turismo, integrada en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. La finalidad perseguida consiste en ser el instrumento adecuado para que todos los intereses, públicos y privados, participen en la configuración de los productos turísticos españoles y en las políticas de promoción y comercialización en el exterior, así como reforzar la colaboración entre el sector público y el privado a través de un foro de debate sobre las tendencias de futuro del turismo.

La composición del Consejo bajo la presidencia del ministro del ramo y la vicepresidencia del secretario de Estado de Turismo y Comercio, en la que participan como miembros natos el director de TURESPAÑA y los diecinueve representantes de las comunidades autóno-

mas y ciudades autónomas, prevé la presencia de vocales electivos, entre los que figuran, entre otros, cuatro vocales en representación de la Federación Española de Municipios y Provincias. ■

La Administración como empresario. Dos aspectos: la responsabilidad laboral de la Administración en la contratación de obras y servicios y la contratación laboral de trabajadores extranjeros

Jacobo Quintans García
Magistrado de lo social.
Profesor de la Universidad de Barcelona

1. La responsabilidad laboral de la Administración en la contratación de obras y servicios (artículos 42 y 44 del ET).

1.1. El cambio de titularidad de la gestión de servicios públicos. 1.2. La responsabilidad laboral de la Administración en la contratación de obras y servicios. 1.3. La extensión de la responsabilidad. 1.3.1. Obligaciones de naturaleza salarial. 1.3.2. Obligaciones derivadas de la afiliación y cotización de los trabajadores a la Seguridad Social (protección del trabajador por el sistema). 1.4. La sucesión en las concesiones administrativas como forma peculiar de sucesión de empresas. 1.5. La sucesión de empresas en caso de rescate de la contrata por la Administración.

2. La contratación de trabajadores extranjeros.

2.1. Introducción. 2.2. Legislación aplicable (actualizada): normativa vigente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. 2.3. Derechos y libertades de los extranjeros en España. 2.4. Situaciones administrativas de los extranjeros en España. 2.4.1. Situaciones de estancia. 2.4.2. Situaciones de residencia. 2.4.3. Apátridas y refugiados. 2.4.4. Menores. 2.5. Requisitos de los extranjeros no comunitarios para trabajar en España. 2.6. Derechos laborales de los extranjeros en España y contratos que pueden celebrar. 2.6.1. La singularidad del contrato de trabajo para la formación realizado con extranjeros extracomunitarios. 2.6.2. Al tratar las cuestiones que se suscitan en la contratación laboral con extranjeros, hay que diferenciar según sea la situación administrativa del extranjero. 2.6.3 Actos de discriminación. 2.6.4. La inscripción en las oficinas de empleo. 2.6.5. La autorización exigida al empleador para contratar a un trabajador extranjero. 2.7. La realización de trabajos sin previa autorización administrativa. 2.7.1. El nuevo planteamiento legal. 2.7.2. El artículo 36.3 de la Ley orgánica 4/2000 y su desarrollo por los tribunales. 2.8. Protección de los trabajadores extranjeros por el sistema de la Seguridad Social. 2.8.1. Nivel contributivo. 2.8.2 Nivel no contributivo o asistencial. 2.8.3. La asistencia sanitaria. 2.8.4. Sujeto protegido y beneficiario. 2.8.5. Disfrute de las prestaciones y obligación de residencia.

1. La responsabilidad laboral de la Administración en la contratación de obras y servicios (artículos 42 y 44 del ET)

1.1. El cambio de titularidad de la gestión de servicios públicos

La Administración cumple uno de los mandatos constitucionales del artículo 103.1 de la CE mediante la gestión de los servicios públicos. Ésta puede llevarla a cabo directa o indirectamente. La gestión directa del servicio público puede desempeñarla a través del personal propio (funcionarios, personal estatutario y personal laboral contratado) o bien creando una entidad de Derecho público destinada a la prestación de un servicio determinado, o constituyendo una sociedad de Derecho privado con capital exclusivo, o mayoritario, de la Administración o un ente público de la misma (artículo 155.2 de la Ley 13/1995, de contratos de las administraciones públicas, BOE de 19 de mayo de 1995). No obstante, es un fenómeno cada vez más frecuente que la Administración acuda al recurso de la gestión indirecta –a través de un tercero– de servicios y actividades públicas con las ventajas que ello le reporta: una mayor especialización y exigencia de calidad sin tener que aumentar el ya desmesurado aparato administrativo, y una mayor despreocupación sobre determinadas materias (las laborales, por ejemplo) por parte de la Administración descentralizadora que traspasa a la empresa contratista o concesionaria, quien corre con el riesgo y ventura de su explotación. Esta gestión indirecta puede hacerse mediante:

a) La gestión interesada en la que la Administración y el empresario privado participan en la explotación del servicio.

b) El concierto con empresarios que se dedican al sector del servicio a prestar o realizan actividades similares.

c) La sociedad de economía mixta.

d) La concesión administrativa por la que el empresario privado gestiona a su riesgo y ventura un servicio público con arreglo a condiciones impuestas por la Administración comitente (pliego de condiciones).

En todos los supuestos de gestión indirecta no se da una verdadera privatización del servicio, sólo varía la forma de gestión o prestación del mismo (privatización de la gestión). Centraremos la atención en la prestación de un servicio mediante la concesión entendida como un contrato de empresa a través del cual el concesionario (empresario privado) se compromete a prestar un resultado a cambio de un precio, o a prestar un servicio conforme a unas condiciones impuestas asumiendo el riesgo de la explotación. Estas concesiones, que pueden afectar a muy variados sectores (limpieza, vigilancia, cobros, actividades de ocio, etc.) lo son por un tiempo determinado. Al finalizar el periodo de la concesión se

producen unos efectos laborales para aquellos trabajadores que venían prestando el servicio por cuenta del empresario contratista tanto si el servicio se extingue como si sigue prestándose por otro empresario mediante nueva concesión.

Por lo que afecta al presente tema, los efectos laborales del cambio de titularidad o privatización de la gestión del servicio público, puede realizarlo mediante la contratación de obras y servicios (artículo 42 del ET) o a través de la sucesión de empresas (artículo 44 del ET).

1.2. La responsabilidad laboral de la Administración en la contratación de obras y servicios

El hecho de que sea una administración pública quien contrate con un empresario la realización de una obra o servicio no modifica sustancialmente la responsabilidad que determina el artículo 42 del ET cuando en sus puntos 1 y 2 expone:

“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. 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. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

“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 subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo [...]”

La responsabilidad, en estos casos, se complementa en orden a las prestaciones de la Seguridad Social con lo dispuesto en el artículo 127.1 del Texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (en adelante TRLGSS) aprobado por el RDL 1/1994, de 20 de junio, cuando establece:

“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 estuviere contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente [...]”

De la detenida lectura de estos preceptos aparece algún elemento de su configuración que ha dado lugar a controversia entre las sentencias que han resuelto los supuestos contemplados en aquellos. Así, la necesidad de que la obra o servicio corresponda a la propia actividad del ente público comitente para que pueda derivarse responsabilidad para la Administración contratante. A este respecto, es de especial interés y trascendencia *la sentencia dictada, en unificación de doctrina, por el Tribunal Supremo, de fecha 18 de enero de 1995*, en resolución de un caso de contratación de los servicios de vigilancia y seguridad de los edificios de la Junta de Castilla y León, entre esta Administración territorial y dos empresas del sector de vigilancia y seguridad. Dicha sentencia, resumidamente, expone que para delimitar lo que ha de entenderse por propia actividad de la empresa la doctrina mayoritaria entiende que son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa. Más que la inherencia al fin de la empresa, es la indispensabilidad para conseguirlo lo que debe definir el concepto de propia actividad. También la doctrina señala que nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios deberían realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial. En general, la doctrina es partidaria de una aplicación *in extenso* del concepto de contrata correspondientes a la propia actividad de la empresa. Sólo quedarían fuera las obras o servicios contratados que estén desconectados de su finalidad productiva y de las actividades normales de la misma. En todo caso, la solución sólo puede venir dada por el examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto. ¿Cómo se aplica la doctrina así expuesta cuando el comitente es una administración pública, teniendo en cuenta la dificultad para determinar la “propia actividad” de la Administración? La citada sentencia resuelve, precisamente, un supuesto en el que la contratante es una administración autonómica, la Junta de Castilla y León, reconociendo que “una interpretación absoluta y radicalmente amplia del concepto de propia actividad nos llevaría a no comprender la exigencia del supuesto de hecho contenido en el artículo 42 mencionado. Si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente es porque el legislador está pensando en una *limitación razonable* que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial”. La sentencia concluye que la actividad propia de la Junta de Castilla y León “no es la prestación de servicios de seguridad y protección propia de las empresas demandadas, sin que dicha actividad tenga tampoco el carácter de complementaria absolutamente esencial para el desarrollo de la (activi-

dad) desarrollada por la Junta”. En el mismo sentido, y en base a la sentencia citada, la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de octubre de 1997, niega la responsabilidad de la Generalidad comitente en una contrata de los servicios de comedor de un colegio público como servicio complementario no escolar con cargo a los padres de los alumnos por entender que ese servicio no resulta en absoluto indispensable para el ejercicio de la actividad educativa.

1.3. La extensión de la responsabilidad

1.3.1. Obligaciones de naturaleza salarial

La Administración, en su calidad de empresario principal, responde solidariamente del pago de los salarios devengados y no cobrados por los trabajadores del subcontratista que hayan trabajado en la obra o servicio objeto del contrato. Se refiere, lógicamente, a los que se devenguen por los trabajos realizados durante la vigencia de la contrata, si bien, por el juego de la prescriptibilidad de las acciones, esta responsabilidad es exigible durante la contrata y el año siguiente a su finalización (plazo de caducidad según la sentencia del TCT de 25 de mayo de 1985).

La responsabilidad abarca solamente a los conceptos que conforman el salario, de ahí que no cubran las dietas, locomociones, ropa, etc., ni las cantidades indemnizatorias, ni aun las devengadas en caso de despido improcedente (artículo 56.1.A del ET) y sí comprende los salarios de tramitación, dada su “particular” naturaleza salarial (Sentencia del Tribunal Supremo del 7 de julio de 1994). Hoy el cambio doctrinal operado en el Tribunal Supremo excluye también los salarios de tramitación, al reconocerles naturaleza indemnizatoria.

En cuanto a los salarios garantizados por la Administración comitente, serían no los que se deriven de la particular relación entre el subcontratista y sus trabajadores, sino limitados (si aquellos fueran superiores) a los que corresponderían a sus propios trabajadores de la misma categoría y puesto de trabajo.

1.3.2. Obligaciones derivadas de la afiliación y cotización de los trabajadores a la Seguridad Social (protección del trabajador por el sistema)

En este segundo apartado de responsabilidad hay que diferenciar la que surge frente a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) por el impago de cuotas (A) y la que nace frente el trabajador por mor de devenir acreedor a una prestación de la Seguridad Social e, incluso, las responsabilidades por daños y perjuicios y de recargo de prestaciones en caso de accidente laboral cuando concurre la falta de medidas de seguridad imputable a la Administración en su condición de empresario principal (B).

A) La Administración contratante responderá de las deudas ante la TGSS por las cotizaciones atrasadas, las que el empresario contratista debía haber ingresado con anterioridad a la contrata por los trabajadores que van a realizar la obra o el servicio contratado, y por las que devenguen durante aquélla. La responsabilidad será solidaria con el empresario infractor.

El legislador persigue sanear así el panorama de las empresas auxiliares en sus obligaciones para con la Seguridad Social imponiendo al comitente o empresario principal una responsabilidad que tiene su fundamento en las obligaciones que se generan entre aquél, como perceptor final del producto del trabajo, y los trabajadores que lo realizan aunque no sean sus empleados. Esta responsabilidad, que llega a alcanzar repercusiones de gran entidad, puede evitarse de forma realmente sencilla para el empresario principal: solicitando de la TGSS, antes de la formalización de la contrata, una certificación negativa por descubiertos del contratista. La TGSS deberá librarla en el plazo de treinta días hábiles e improrrogables, y si no lo hiciere así el empresario principal solicitante quedará exonerado de responsabilidad por este concepto de cuotas atrasadas. Caso de que la certificación sea positiva, la Administración deberá evitar la contrata con el empresario infractor hasta que éste haya cubierto los atrasos, so pena de incurrir en responsabilidad solidaria con éste.

B) Cuando el trabajador empleado por el contratista cause derecho a una prestación de la Seguridad Social durante el tiempo de la contrata, la responsabilidad, en situaciones normales, sería de las entidades gestoras, mutuas de accidentes de trabajo, y servicios comunes (TGSS). Ahora bien, en caso de incumplimiento empresarial de las obligaciones de alta y/o cotización, se desplaza esa responsabilidad en el pago de la prestación hacia el empresario infractor, y aquí es donde entra en juego el artículo 127.1 del TRLGSS cuando impone al empresario principal (la Administración contratante, en nuestro caso) la responsabilidad subsidiaria en el pago de la prestación en caso de insolvencia del contratista. Todo ello se expone sin perjuicio de la doctrina jurisprudencial sobre la gravedad que debe existir en el incumplimiento empresarial (no en descubiertos ocasionales o esporádicos) y la proporcionalidad entre la repercusión del incumplimiento en el derecho a la prestación y la responsabilidad (Sentencia del Tribunal Supremo del 20 de julio de 1995).

Las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo incorporadas al TRLGSS han ampliado el ámbito de la responsabilidad empresarial; así, el artículo 195 de dicho texto legal cuando dice:

“El incumplimiento por parte de las empresas de las decisiones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las resoluciones de la autoridad laboral en

materia de paralización de trabajos que no cumplan las normas de seguridad e higiene se equipará, respecto de los accidentes de trabajo que en tal caso pudieran producirse, a *falta de formalización de la protección* (falta de alta cotización) por dicha contingencia de los trabajadores afectados, con independencia de cualquier otra responsabilidad o sanción a que hubiere lugar.”

Se trata, en definitiva, de una superposición de la responsabilidad declarada en el artículo 42 del ET, que se amplía y especifica en normas reguladoras de la protección dispensada por la Seguridad Social y en la de prevención de riesgos laborales.

Hay que diferenciar la responsabilidad, según se trate de contratas que tienen por objeto obras y servicios de la propia empresa comitente. En los casos de contratación de obras y servicios correspondientes a esa actividad que es propia del empresario principal rige, como se ha dicho, el artículo 42 del ET, o, lo que es lo mismo, el tipo de responsabilidad será solidaria entre el principal y el contratista para las obligaciones de seguridad social durante la vigencia de la contrata. Ello significa que no se genera responsabilidad para el principal por prestaciones nacidas durante la contrata pero afectadas por incumplimientos anteriores; además, esa responsabilidad sólo es exigible durante la propia contrata y el año siguiente a la extinción de la misma, con lo que ello supone de perjuicio para el trabajador si se tiene en cuenta que la responsabilidad en materia de prestaciones suele manifestarse, en muchos casos (por ejemplo la pensión de jubilación), con bastante posterioridad al incumplimiento de que trae causa.

Para todas las contratas, tengan o no por objeto obras y servicios, sean o no de la propia actividad de la comitente, se aplica el artículo 127.1 del TRLGSS. En este caso hay que entender que se trata de responsabilidades derivadas de incumplimientos producidos durante la vigencia de la contrata, y juegan, en el caso de la realización de obras y servicios que no son de la propia actividad del comitente, los plazos normales para la exigencia de estas responsabilidades. En resumen, el citado artículo 127 contiene una responsabilidad de alcance general y de carácter subsidiario (para caso de insolvencia del contratista), que puede aplicarse, incluso, a las contratas correspondientes a la propia actividad cuando no pueda exigirse la responsabilidad solidaria del artículo 42 del ET por haber transcurrido el año de caducidad desde “la terminación del encargo”.

No hay que prescindir, además, de la responsabilidad civil del dueño de la obra que establece el artículo 1597 del Código civil, y que no es incompatible con las estudiadas, cuando textualmente dice:

“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.”

Así, estarían legitimados para el ejercicio de esta acción civil todos los que realizan prestaciones de hacer (en sentido amplio) destinadas a la obra, y entre ellos quienes están unidos al contratista por una relación laboral. Legitimado pasivamente lo está el dueño de la obra, entendiendo por tal, no sólo el destinatario final de la obra, sino también el comitente, el empresario principal (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 1974).

1.4. La sucesión en las concesiones administrativas como forma peculiar de sucesión de empresas

Hemos visto cómo una de las formas de gestión indirecta de los servicios públicos es la de las concesiones administrativas, mediante las cuales se articula la gestión de un servicio por un tercero, lo que no es otra cosa que una simple modalidad contractual que puede adoptar la forma de un arrendamiento de servicios, arrendamiento, cesión o traspaso de industria, un contrato de empresa, o cualquier otro que comporte un cambio de titularidad de la gestión del servicio.

La normativa laboral básica en estos supuestos la componen: la Directiva del Consejo de la CEE 77/187, de 14 de febrero, sobre *la aproximación de las legislaciones de los estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad*; el ET, en su artículo 44; las disposiciones de los convenios colectivos que regulen la sucesión en las contrataciones (privadas) y concesiones (públicas), y en las condiciones que afecten a la subrogación en los contratos de los trabajadores que se establezcan en los respectivos pliegos de condiciones de las concesiones administrativas.

La directiva comunitaria, cuyos destinatarios son los estados miembros, establece en su artículo 8 que éstos vienen obligados a dictar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, necesarias para ajustarse a la directiva en un plazo de dos años a partir de su notificación. En virtud de ese mandato, el legislador español reguló la materia en el artículo 44 del ET.

Resumido el contenido de la directiva, en lo que más afecta al presente tema, es el siguiente:

“Artículo 1.1. La presente directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión [...].

“Artículo 2. En el sentido de la presente directiva, se entenderá por: a) cedente, cualquier persona física o jurídica que, a causa de un traspaso en el sentido del apartado 1 del artículo 1, pierda la calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte del centro de actividad; b) cesionario, cualquier

persona física o jurídica que, a causa de un traspaso en el sentido del apartado 1 del artículo 1, adquiera la calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte del centro de actividad.

“Artículo 3.1. Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, tal como se define en el apartado 1 del artículo 1, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso. Los estados miembros podrán prever que el cedente continúe siendo, después de la fecha del traspaso y junto al cesionario, responsable de las obligaciones que resulten de un contrato de trabajo o de una relación laboral.

“2. Después del traspaso el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo.

“Artículo 4.1. El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte del centro de actividad no constituye en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo [...].

“2. Si el contrato de trabajo o la relación laboral se rescinde como consecuencia de que el traspaso ocasiona una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, la rescisión del contrato de trabajo o de la relación laboral se considerará imputable al empresario [...].

“Artículo 7.1. La presente directiva no afectará a la facultad de los estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, que sean más favorables para los trabajadores.”

Por su parte, el ET, recogiendo lo esencial de la directiva como mínimo de Derecho necesario, dispone en su artículo 44.1:

“El cambio de la titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

“2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorias.

“3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de la Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos *inter vivos*, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas [...]”

Algunos convenios colectivos regulan de forma más o menos extensa los efectos que para la estabilidad en el empleo suponen los casos de sustitución de una empresa por otra. Se citan como ejemplos por su exhaustiva y clara reglamentación el artículo 43 del Convenio colectivo de limpieza de edificios públicos para la provincia de Barcelona, publicado en el *Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña*, del 29 de septiembre de 1997, y el artículo 14 del Convenio colectivo nacional de empresas de seguridad, publicado en el BOE núm. 106, del 4 de mayo de 1994.

Una vez establecidas las fuentes legales más inmediatas, conviene establecer las diferencias esenciales entre la sucesión de empresas tal como viene regulada en los citados textos, que lo es en contemplación de empresas privadas, y cuando la cedente es una administración pública. El supuesto contemplado tanto en la Directiva 77/187 como en el artículo 44 del ET es para la transmisión de una empresa o parte autónoma de ella entre dos personas (físicas o jurídicas), cedente y cesionario, que se relacionan entre sí directamente transfiriéndose la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación de la actividad. Se trata, en suma, de una novación subjetiva de la persona del empresario. En cambio, en el caso de las concesiones administrativas para la gestión de un servicio público no existe una verdadera sucesión empresarial por cuanto no se da una relación directa entre cedente y cesionario, ni tan siquiera a veces, se da una continuidad en la empresa, sino una mera sustitución entre concesionarios, no una sucesión, en la que los empresarios no mantienen en ningún momento relación alguna entre sí. Se trataría más bien de la extinción de una relación que vinculaba a la empresa principal (Administración) con la empresa concesionaria y otra nueva e independiente relación entre la misma empresa principal y otro empresario concesionario sin ningún vínculo ni relación directa con el anterior, incluso, a veces, con un pliego de condiciones distinto del que sirvió en la anterior concesión. Así lo entendió el Tribunal Central de Trabajo en la Sentencia del 29 de diciembre de 1982, y, más recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia de 8 de julio de 1992, en las que, en base a esa desconexión entre las empresas concesionarias negaban la figura de la sucesión empresarial, la aplicabilidad del artículo 44 y, finalmente, la subrogación empresarial respecto de los contratos laborales.

No obstante lo razonable de las tesis expuestas en las citadas sentencias, la jurisprudencia del Tribunal

Supremo (sentencias de 25 de febrero de 1988 y 19 de junio de 1989 por todas) ha establecido que lo determinante es que el nuevo empresario y el anterior se hagan, sucesivamente, cargo de la actividad empresarial, pues lo que se pretende es que no haya solución de continuidad en la misma. En estos casos el cambio de titularidad no opera con la intervención voluntaria de las empresas concesionarias relacionadas entre sí, sino mediante la voluntad de un tercero, que es el que pone en funcionamiento el fenómeno sucesorio: la Administración que ha otorgado las sucesivas concesiones. Es, pues, gracias a esta peculiar fundamentación como se ha salvado el escollo para incluir las concesiones administrativas para la gestión de servicios públicos en el ámbito del precepto del artículo 44 del ET, con la única finalidad de propiciar la subrogación empresarial entre las concesionarias sucesivas respecto de los trabajadores que han prestado su labor en el servicio objeto de la concesión, y ello en beneficio de la seguridad y continuidad en el trabajo.

En este supuesto “peculiar” normalmente no se transmite ninguna infraestructura empresarial sino simplemente una serie de actividades que se desarrollan en las instalaciones del ente administrativo (empresario principal); y, en ocasiones, solamente se transmite la actividad nuda en que consiste el servicio público “privatizado” (por ejemplo, el cobro de tasas, multas, etc.). ¿Comporta ello una verdadera sucesión de empresas del artículo 44? La doctrina jurisprudencial ha sido confusa o, al menos, oscilante, si bien a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo del 13 de marzo de 1990 y sobre todo la fundamental del 5 de abril de 1993, se ha posicionado claramente estableciendo que se aplicará la normativa laboral sobre sucesión de empresas a aquellos supuestos que llevan aparejada la entrega al concesionario de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio y, consiguientemente, a *contrario sensu* en aquellas concesiones en que por no concurrir esta puesta a disposición de los elementos patrimoniales básicos para la explotación se carece de los presupuestos necesarios para apreciar una sucesión de empresas y, por lo tanto, no le será de aplicación el artículo 44 del ET. De esta forma se da solución al problema atinente a la sucesión de empresas que desempeñan un servicio (limpieza, vigilancia, etc.) y al finalizar el tiempo previsto en la concesión son sucedidas por otra distinta. Mientras el Tribunal de Luxemburgo, aplicando la directiva, en su Sentencia del 14 de abril de 1994 (Asunto 392/92, caso Schmidt) ponía el acento en la continuidad de la actividad productiva como elemento principal en la sucesión empresarial, la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada se centra en la transmisión de la infraestructura (utillaje, organización y soporte patrimonial). ¿Qué sucede, entonces, cuando no se da esa transmisión,

cuando sólo se transmite una actividad que se desarrolla en el centro o instalaciones de la Administración (por ejemplo, la limpieza de edificios públicos por parte de una empresa del gremio en virtud de concesión), o cuando ni tan siquiera se realiza la actividad en dependencias de la Administración (por ejemplo, el servicio de cobro de tasas u otros recursos financieros realizado por una empresa privada concesionaria en sus propias oficinas y con sus propios medios materiales)? En este caso, y siguiendo los fundamentos de la citada Sentencia de 5 de abril de 1993, y las posteriores que la reproducen, no nos hallamos ante un caso de sucesión empresarial y no es de aplicación el artículo 44, lo que implica que habrá que resolver la situación laboral de los trabajadores afectados por esa “sustitución empresarial” (que no sucesión) acudiendo a las disposiciones contenidas en los convenios colectivos del sector, si lo han previsto, o, en el caso de las concesiones administrativas, a lo dispuesto en el pliego de condiciones de dicha concesión. Si en aquellas disposiciones convencionales o en el pliego de condiciones se dispone la subrogación empresarial entre los sucesivos concesionarios habrá que estar a lo allí dispuesto; si nada se dispone en ellos, no serán de aplicación los efectos subrogatorios de la sucesión de empresa por inexistencia de esta figura...

Se reproducen algunos fundamentos, extractados, de la Sentencia del 5 de abril de 1993 por su claridad en la resolución del problema de cuándo existe y cuándo no sucesión empresarial del artículo 44 del ET.

“[...] en el supuesto de que una empresa cese en su actividad respecto a la gestión de un servicio público por extinción de la concesión mediante la que lo desempeñaba, y posteriormente otra, como consecuencia de la nueva adjudicación, se hace cargo del mismo servicio, lo transmitido no es, en realidad, una empresa ni un centro en una unidad de la misma, sino una contrata que se realiza de una empresa a otra, entendida la contrata como el derecho que un empresario o empresa tiene a la prestación de un servicio a un tercero. Este tercero puede ser también una empresa, pero puede ser, como en el caso de autos, un órgano administrativo a quien corresponde la gestión de un servicio que, mediante el mecanismo de la concesión administrativa, lo adjudica, cumpliendo los trámites administrativos al efecto por el Derecho administrativo, a quien corresponda según los términos de la convocatoria. Es cierto que en estos casos puede entenderse que la ‘contrata’ juega, a los efectos del precepto legal, como unidad productiva autónoma [...] pero la fuerza de ley que tiene la subrogación para el nuevo empresario que establece el precepto, no se impone, desde luego, con carácter genérico. Lo demuestra el que, aun sin intervención de ninguna administración, el tercero que recibe los servicios, como ocurre en los contratos de limpieza de edifi-

cios y locales, sea la norma sectorial y convenios colectivos inspirados en ella la que se ocupa de regular los efectos de esa transmisión que, en ocasiones, no es realmente tal, sino finalización de una contrata y comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando [...]. Y de aquí que cuando el dueño de la actividad sea un ente administrativo que la adjudique mediante concesión o contrata, los pliegos de condiciones puedan ocuparse –y generalmente lo hacen– sobre la asignación del personal de los adjudicatarios anteriores a los sucesivos, imponiendo la subrogación del adjudicatario en los contratos de trabajo; lo cual es posible, no porque se deje a la discrecional voluntad del ente público la posibilidad de establecer o no la subrogación que se impone *ope legis*, sino porque, en tal caso, el pliego de condiciones lo que haría sería perfilar el objeto de la concesión y despejar, de antemano, cualquier duda que pudiera plantearse al respecto y, sobre todo, poner de manifiesto la asunción de la obligación de subrogarse, por parte de la empresa concesionaria, por la vía contractual que ofrece la Administración en su convocatoria. Pero cuando, como en el caso de autos, no ocurre así, los criterios objetivos, según lo expone la doctrina de la sala, serán los que han de imponerse [...]. Y en este punto [...] un dato que puede ser determinante –unidos a los anteriores de ausencia de normativa sectorial y silencio de los pliegos de condiciones– es que la concesión lleve aparejada la entrega al concesionario de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio, o que, por el contrario, no concurra esta puesta a disposición de los elementos patrimoniales fundamentales de la explotación; pues en tales supuestos, si en el primero cabe la subrogación que contempla el precepto, en el segundo faltan los presupuestos necesarios para que se produzca la sucesión de empresa a que se refiere la norma [...]. La solución que legalmente debe ser aplicada ante estos supuestos de contrata de servicios públicos que, ininterrumpidamente o no, se suceden en las administraciones públicas [...] es ésta: no hay transmisión de empresa, no hay sucesión de empresa, no se está ante el supuesto del artículo 44 del ET y, por ende, no hay subrogación empresarial cuando, como aquí ocurre, no se transmite la unidad productiva que la determine y defina y cuando ni la normativa sectorial, ni el eventual pliego de condiciones dan tratamiento jurídico-laboral a la cuestión.”

¿En qué situación, pues, quedan los trabajadores de las empresas que prestan los servicios públicos en régimen de concesión administrativa cuando no hay transmisión de empresa ni una situación ha sido prevista por convenio colectivo ni en el pliego de condiciones? La citada sentencia sigue el siguiente fundamento:

“La sala, ante este estado de cosas, preocupada por la situación en que se colocaría a los trabajadores que fueran cesados por la empresa [por mor del cese de la extinción de la concesión] entiende que, en términos generales será aplicable el régimen jurídico de la extinción del contrato que obligaría a actuar con soluciones de despido o regulación de empleo, visto lo contenido en el artículo 49 del ET.”

No obstante lo expuesto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha ido perfilando la figura de la sucesión empresarial en el sector servicios, y hoy el Tribunal Supremo ha admitido ya la sucesión empresarial del artículo 44 del ET en los supuestos de subrogación empresarial por sucesión en las contrataciones de servi-

cios. Esta doctrina se recoge en la muy importante STS de 27 de octubre de 2004.¹

1.5. La sucesión de empresas en caso de rescate de la contrata por la Administración

Se trata del supuesto en el que la Administración, titular de un servicio público que gestionaba originariamente, después, por las razones prácticas que fuesen, lo “descentraliza” privatizando su gestión mediante concesión a favor de un tercero (empresario concesionario) y le entrega para ello la infraestructura básica para la explotación del servicio, con lo que nos hallamos con un caso de verdadera sucesión empresarial del artículo 44. Finalizada

1. Es muy importante, como señala el texto, la STS (Sala de lo Social) de 27 de octubre de 2004, ponente: Excmo. Sra. Milagros Calvo Ibarlucea, cuyos fundamentos se transcriben:

Fundamentos de derecho

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias revocó la sentencia de instancia en la que se había desestimado la demanda sobre despido nulo y subsidiariamente improcedente, estimando el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador que había prestado servicios de mantenimiento por cuenta de las empresas dedicadas a esta actividad en la Ciudad Deportiva Gran Canaria. La concesión de este servicio fue adjudicada sucesivamente a las empresas Eulen, SA, Huarte Servicios Canarias, SA, HCS Mantenimientos, Concesiones y Servicios, SA y Vvo. Estacionamientos, SA, dando esta última por terminada la relación laboral al finalizar el servicio el 31 de diciembre de 1999, hallándose el actor en incapacidad temporal a raíz de un accidente de trabajo sufrido el 13 de abril de 1999. Vvo. Estacionamientos, SA cesó en la adjudicación del servicio según comunicación dirigida por el titular con fecha de registro de salida el 22 de diciembre de 1999, ocupando su lugar Ferrovial Servicios, SA.

Todos los trabajadores pasaron a prestar servicios con la nueva adjudicataria salvo el demandante y otro trabajador que continuó prestando servicios para Vvo. Estacionamientos, SA. La estimación del recurso de suplicación supuso la declaración de improcedencia del despido del trabajador recayendo la condena sobre Ferrovial Servicios, SA que recurre en casación para la unificación de doctrina e invoca con este objeto la sentencia dictada el 23 de julio de 2001 (AS 2001/1931) por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que estimó el recurso de suplicación interpuesto por las empresas que a partir del 1 de enero de 2001 asumieron la contrata de lectura y mantenimiento con la empresa Fenosa Metra, SL haciéndose cargo de todo el personal que venía prestando servicios para la anterior adjudicataria. El trabajador lo era, por cuenta de la anterior con carácter indefinido, y se niega a firmar un contrato de obra o servicio determinado que le fue presentado el día 2 de enero de 2001, por lo que se le despidió verbalmente. Debe afirmarse la existencia de la necesaria contradicción, en aras de la exigencia prevista en el artículo 217 de la Ley de procedimiento laboral ya que en ambos casos se trata de trabajadores que venían prestando servicios por cuenta de empresas contratistas a las que se les dio por finalizada la adjudicación y en ninguno de los dos casos consta la existencia de norma convencional que prevea el régimen aplicable a los trabajadores procedentes de la contrata anterior. No altera la identidad fáctica de los supuestos de comparación que en la sentencia de contraste se haga constar la propuesta de firma del contrato de obra o servicio determinado ya que se discute acerca de la existencia de sucesión empresarial y consiguiente subrogación. Por último, en la sentencia de contraste se estimó el recurso de la última adjudicataria por entender que a falta de norma sectorial que imponga la subrogación y de la transmisión de una unidad de producción susceptible de gestión o explotación separada no es de aplicación el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores. Por el contrario, la sentencia de autos sostiene al condenar a la contratista que la empresa cesionaria aportaba iguales elementos que la precedente, dirección del servicio y trabajadores, produciéndose por la vía de sucesión de contratos un cambio de titularidad de la organización lo que justifica la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los trabajadores. Contra ambas sentencias se da

la divergencia en los pronunciamientos exigida por el artículo 217 de la Ley de procedimiento laboral.

La recurrente cita como fundamento legal la infracción por indebida aplicación del artículo 44 del Texto refundido del Estatuto de los trabajadores, rechazando la asimilación que la sentencia recurrida hace de la actividad de mantenimiento, objeto de la contrata en las presentes actuaciones, con la de limpieza, razonamiento el de la sentencia, que por otra parte no bastaría por sí solo para servir de apoyo a la existencia de cesión empresarial, pues de existir un tratamiento convencional específico en el sector de limpiezas, el mismo no sería extensible al de mantenimiento.

Por el contrario, es de interés la invocación de la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la Directiva 77/187/CEE del Consejo de 14 de febrero de 1977 (LEEur 1977/67), sustituida por la 98/50/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1998 (LEEur 1998/2285), sobre aproximación de los estados miembros relativa al nacimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de centros de actividad, sentencias de 17 de diciembre de 1987 (TJCE 1988/67), de 10 de febrero de 1988 (TJCE 1988/95), de 12 de noviembre de 1992 (TJCE 1992/184), de 2 de diciembre de 1999 (TJCE 1999/283), de 18 de marzo de 1996 (TJCE 1996/65) y de 11 de marzo de 1997 (TJCE 1997/45). Llegados al punto de examinar esta última así como la legalidad comunitaria, si bien la vigente es de fecha posterior a la Sentencia de 11 de marzo de 1997, refiriéndonos a la Directiva 1998/50/CEE de 29 de junio, es de destacar que el actual artículo 3 de la citada directiva, así como el 3 de la que resulta derogada, Directiva 77/187, de 14 de febrero de 1977, contienen previsiones que anticipadamente nuestro ordenamiento contempló y reguló con precisión imponiendo la subrogación empresarial en el supuesto de transmisión en el artículo 79 del Decreto de 26 de enero de 1944 (RCL 1944/274) por el que se aprueba la Ley del contrato del trabajo y la subrogación con responsabilidad solidaria en el artículo 18.2 de la Ley de relaciones laborales 16/1976, de 8 de abril (RCL 1976/766), pues no cabe olvidar que el Derecho comunitario se orienta a la convergencia entre los estados de la Unión Europea dada la diferente tradición observada por cada uno de ellos en la regulación de las relaciones jurídicas con la inevitable consecuencia de que en algunos países se plantea con cada directiva una urgente necesidad reguladora y en otros la norma comunitaria resulta innecesaria por presentar el Derecho nacional una regulación más técnica y ambiciosa de la que pueda proponer el órgano comunitario. Ha de afirmarse que el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores cumple a la perfección los fines que persigue el artículo 3 de la anterior Directiva 77/187 de 14 de febrero de 1977 y de la Directiva 1998/50/CEE de 29 de junio para el caso de afirmar que existe cesión empresarial. Resta, sin embargo, dilucidar el extremo de su existencia a la luz de la jurisprudencia comunitaria y en particular, siguiendo los términos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de marzo de 1997 (asunto Süzen) que en primer lugar define el perfil general de la transmisión empresarial como “la que necesita además de la sucesión en la actividad objeto de la contrata la cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial”, para añadir en su fundamento 21 que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una actividad económica y por ello ha

la concesión no le interesa continuar con la gestión indirecta y decide volver a hacerse cargo del servicio con su propio personal. En este supuesto, si bien no existe con el rescate una sucesión empresarial por parte de la Administración rescatante frente al empresario concesionario anterior, en el sentido más clásico y tradicional del término sucesión, la subrogación de los derechos y obligaciones de los trabajadores destinados por el empresario concesionario al servicio gestionado opera frente a la Administración que lo rescata, que se convierte así en la nueva empleadora. En este sentido es particularmente clarificadora la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de febrero de 1997 (ponente, el magistrado Moralo Gallego) que, en forma resumida, da la

de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En definitiva la doctrina que sienta la referida sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de marzo de 1997 es la de incluir en la noción de traspaso la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior dando la sentencia a ese conjunto el carácter de "entidad económica".

Esta sala se planteó en su momento la duda, no acerca de la recta interpretación de la normativa comunitaria en relación con el ordenamiento nacional sino a propósito de la orientación a la que servía la jurisprudencia comunitaria y así consta en el iter de las actuaciones practicadas a partir de la providencia de 4 de febrero de 2004 en la que se acuerda suspender el señalamiento para votación y fallo del recurso de casación para unificación de doctrina, hasta llegar al Auto de 5 de octubre de 2004, dictado en Sala General, por el que se acuerda poner fin al trámite de prejudicialidad, alzar la suspensión de la votación y fallo y señalar con ese objeto para el día de la fecha.

Se cuestionaba esta sala si la doctrina iniciada por la jurisprudencia comunitaria se orientaba a crear una ficción de conveniencia para evitar un reemplazo arbitrario admitiendo la continuidad en unos contratos y negándola en otros o si por el contrario se deposita una auténtica convicción en que para ciertos sectores la única actividad productiva dotada de autonomía y carácter productivo sustancial es la mano de obra.

Con arreglo al primer criterio se estaría protegiendo la no discriminación, evitando una posible selección arbitraria de los trabajadores y con arreglo al segundo la conservación de fórmulas de actividad personal en las que el núcleo esencial se apoyaría de manera personalizada en las características profesionales de los trabajadores, derivando de ello la obligada casuística de determinar en cada caso la interdependencia entre la actividad de la empresa y la cualificación y perfil de sus profesiones.

Interesa reflejar a continuación los pronunciamientos que se han sucedido en el tiempo con el mismo objeto. Así, junto a la primera sentencia, recaída el 11 de marzo de 1997 (TJCE 1997/45) (asunto Süzen), antes parcialmente reproducida, se sitúa la Sentencia de 10 de diciembre de 1998 (TJCE 1998/308) (asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97) C y Limpiezas, SL, Hoechst AG y RENFE, la de 10 de diciembre de 1998 (TJCE 1998/309) (asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96), en la que se señala que "dicha entidad si bien debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial". En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallen específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción. En igual dirección se pronuncia la sentencia de 2 de diciembre de 1999 (Asunto C-234/98 [TJCE 1999/283]), Asunto Allen y la Sentencia de 24 de enero de 2002 (TJCE 2002/29), asunto Temco Service e Industries, SA (C-51/2000).

siguiente solución: si la Administración entregó al concesionario la infraestructura básica para la explotación del servicio, la subrogación, tras la finalización de la contrata, opera aunque el servicio lo asuma la propia Administración, que es la nueva empleadora y como tal debe soportar la responsabilidad que le corresponde.

El supuesto de derecho que se contempla en esta sentencia es el siguiente: la Dirección General de la Guardia Civil otorga la concesión para la prestación del servicio de bar en uno de sus acuartelamientos a una empresa, que lo presta con su propia plantilla de trabajadores pero con toda la infraestructura material que ya existe en el cuartel. Finalizada la vigencia de la contrata, la empresa comunica dicha circunstancia a sus trabajado-

El hecho de que a la primera de las resoluciones de mérito hayan seguido las que se relacionan, lleva a la conclusión de que la jurisprudencia comunitaria en la necesidad de reconducir las diferencias en la aplicación de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977 (LCEur 1977/67) sobre derecho de los trabajadores en caso de cambio de titularidad de empresas, ha optado por una fórmula que cabe resumir según sus propios términos en que "para apreciar las circunstancias de hechos que caracterizan la operación de quien se trata, el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate". De ello resulta que la importancia respectiva que debe atribuirse a distintos criterios de la existencia de una transmisión en el sentido de la directiva varía necesariamente en función de la actividad ejercida o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate. En particular, en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos.

De conformidad con el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea (LCEur 1986/8) –anterior artículo 177–, la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para esta sala que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece, salvo que, como consecuencia del planteamiento de otra cuestión prejudicial se produzca un cambio en la doctrina comunitaria. Esta vinculación se produce, aunque el criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea pueda suscitar, dicho sea con el debido respeto, ciertas reservas, como ocurrió en el caso del cálculo de las pensiones de los trabajadores migrantes (sentencia de 9 de marzo de 1999 [TJCE 1999/47]) y como sucedió también con la doctrina de la denominada "sucesión en la actividad", que, acogida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 14 de abril de 1994 (TJCE 1994/54) (Asunto Schmidt) y 7 de marzo de 1996 (TJCE 1996/41) (Asunto Merckx), fue luego revisada en la sentencia Süzen ya citada.

Por ello, es de considerar la reciente sentencia de esta sala dictada el 20 de octubre de 2004, RCUD núm. 4424/2003, en la que a propósito de la doctrina comunitaria en materia de sucesión empresarial se afirma que: "Reservas similares suscita ahora también el criterio que se conoce como 'sucesión en la plantilla' y que hasta el momento se ha venido afirmando en las sentencias citadas en el fundamento anterior. Y es que, a juicio de esta sala, difícilmente puede ser la asunción de la plantilla un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa, con los efectos que de ella se derivan en nuestro ordenamiento. La primera dificultad consiste en que el efecto de la transmisión es precisamente la asunción de la plantilla de la empresa cedente por la cesionaria, con lo que no cabe, en principio, transformar ese efecto en la causa determinante de la transmisión. En realidad, la incorporación 'total o parcial' de la plantilla que se produce en estos casos nada tiene que ver con la transmisión de un establecimiento empresarial, sino que se trata de decisiones de la autonomía privada o de la autonomía

res y les indica que en cuanto no se sepa quién va a seguir desempeñando el servicio deban ponerse en contacto con la Guardia Civil, de cuya plantilla laboral pasarán a formar parte. No obstante, esta Administración decide gestionar directamente el servicio y no acepta a los trabajadores. Planteada demanda por despido, el juzgado de lo social la estima, declara la improcedencia de los despidos y condena solidariamente a la empresa y a la Dirección General de la Guardia Civil. Recurren en suplicación los demandados y la Sala de lo Social absuelve a la empresa manteniendo la condena de la Dirección General citada.

2. La contratación de trabajadores extranjeros

2.1. Introducción

Tras una breve relación de las disposiciones legales vigentes que aclare las múltiples reformas normativas habidas desde el año 2000, en este trabajo se contempla la situación de los trabajadores extranjeros inmigrantes en España, su clasificación en orden a la autorización administrativa concedida, y todas las vicisitudes y algunos de los problemas que pueden presentarse a quien pretenda la contratación laboral de un extranjero extracomunitario. Se abordarán, asimismo, los derechos de los trabajadores extranjeros sin autorización para trabajar en España a raíz

colectiva, que se orientan bien a la nueva contratación de unos trabajadores con experiencia previa en la actividad que continúa o bien a establecer unas garantías adicionales para el personal de la empresa saliente con el fin de evitar que la terminación de la contrata suponga para ellos la entrada en el desempleo, como ha sido el caso de las garantías contenidas en determinados convenios colectivos sectoriales, entre los que pueden citarse los de limpieza y seguridad. Pero precisamente estas garantías se han establecido porque el supuesto no era reconducible al del artículo 44 del Estatuto de los trabajadores (RCL 1995/997) y si se sostiene que en estos casos hay sucesión con aplicación del régimen jurídico derivado de la misma –que no implica sólo el mantenimiento de los contratos, sino la conservación de su contenido contractual y, sobre todo, la aplicación de un régimen muy severo de responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social–, la consecuencia más probable no será una mejora de la protección de los trabajadores, sino un efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger, como muestra de modo claro la comparación de las soluciones de los casos Sánchez Hidalgo (TJCE 1998/309) y Hernández Vidal (TJCE 1998/308): en la actividad contratada por la empresa Hernández Vidal no se aplicaron las garantías de la sucesión, porque esa empresa no contrató a ninguna trabajadora de la empresa saliente (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Murcia de 13 de enero de 1999 [AS 1999/1628]), pero estas garantías sí se aplicaron en el caso Sánchez Hidalgo (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 30 de enero de 1999 [AS 1999/162]), porque la empresa había contratado a determinadas trabajadoras de la concesionaria saliente, con lo que paradójicamente basta no contratar a los trabajadores del anterior contratista para evitar la sucesión, cuando la función de ésta consiste garantizar que los trabajadores del empresario cedente mantengan sus contratos con el cesionario”.

La segunda dificultad de la doctrina de la sucesión en la plantilla se relaciona con la cesión de los contratos y con las garantías de los trabajadores frente a descentralizaciones productivas estratégicas. La subrogación en los

de la modificación introducida por la Ley 8/2000 y rematada por la Ley 14/2003, en su artículo 36.3, así como la interpretación que de dicho precepto se ha venido dando por los tribunales, entre los que ha sido pionera, incluso con anterioridad a la modificación legal, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

En un capítulo aparte se hará referencia a los derechos que asisten a los trabajadores extranjeros, en sus distintas situaciones administrativas en España en cuanto a las prestaciones de la Seguridad Social, así como las obligaciones y responsabilidades de los empresarios en materia de alta y cotización.

Siempre que se haga referencia en este trabajo a la Ley 4/2000 debe entenderse no en su redacción original sino en la actual y vigente, por lo que se omitirán referencias a las leyes orgánicas modificadoras de aquella Ley orgánica 8/2000 y Ley orgánica 14/2003.

2.2. Legislación aplicable (actualizada): normativa vigente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Tras la publicación del pasado día 7 de enero del 2005 del Real decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, como última (por ahora) norma reguladora de la situación de los derechos y libertades de los extranjeros extracomunitarios en España, la legislación a la que hay que acudir

contratos está vinculada a la transmisión de la empresa, porque de esta forma se establece una garantía frente a la pérdida del empleo que se produciría si los contratos se mantuviesen con un empresario que ya no cuenta con un establecimiento productivo.

Las consideraciones anteriores muestran los inconvenientes de aplicar el criterio de la sucesión en la plantilla como un supuesto de transmisión de empresa incluido en el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores (RCL 1995/997) y en las directivas comunitarias, con independencia de que esta Sala deba seguir ese criterio por el principio de vinculación a la doctrina comunitaria.

Atendidas las anteriores consideraciones y oído el Ministerio Fiscal procede desestimar el recurso interpuesto por Ferrovial, SA, con imposición de las costas a la recurrente así como a la pérdida del depósito.

Por lo expuesto, en nombre de SM el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

Fallamos

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. [...], actuando en nombre y representación de Ferrovial Servicios, SA contra la sentencia de fecha 25 de octubre de 2001, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, y resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el recurso de igual clase interpuesto por el trabajador confirmando la sentencia de instancia de fecha 18 de octubre de 2000, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Las Palmas de Gran Canaria, en autos núm. 68/2000, seguidos a instancia de D. Manuel contra Ferrovial Servicios, SA, VVO Estacionamientos, SA, Ferroser Ferrovial y Fondo de Garantía Salarial sobre. Se condena al recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso así como a la pérdida del depósito constituido para recurrir, debiendo darse a las cantidades consignadas el destino legal.

Devuélvanse las actuaciones a la sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la [...], lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

para solucionar los problemas laborales en materia de extranjeros es la siguiente:

–Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero (BOE de 12 de enero de 2000), en su versión actualizada tras las modificaciones operadas por

–Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

–Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

–Real decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de la Ley orgánica 4/2000, y que viene a derogar al todavía vigente (hasta el 7 de febrero de 2005) Real decreto 864/2001, de 20 de julio.

–Real decreto 864/2001 de 20 de julio, vigente sólo hasta el 7 de febrero de 2005.

–Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el TRLGSS.

–Real decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.

Éstos son los textos esenciales, complementándolos con otras disposiciones administrativas referidas a inmigración, etc., y, fundamentalmente, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, y la doctrina emanada de las sentencias de los juzgados y tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas, por cuanto, si bien éstas últimas no constituyen jurisprudencia como norma de aplicación, orientan y resuelven aspectos poco claros y lagunas de las muchas que siguen existiendo en esta controvertida materia sujeta a una cambiante y alocada legislación.

2.3. Derechos y libertades de los extranjeros en España

La Constitución española en su artículo 13 dispone:

1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título [título I de los derechos y deberes fundamentales, artículos 10 al 55 incluidos] en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales. En este aspecto esas propuestas de los representantes políticos como la del alcalde de Barcelona, que propugnan la participación de los extranjeros en las elecciones municipales, requeriría una ley especial sin necesidad de modificación de la Constitución, puesto que el artículo antes transcrito ya prevé esa posibilidad.

Así, los extranjeros tienen el derecho a:

a) Expresar y difundir libremente sus pensamientos ideas y opiniones.

b) A la producción y creación literaria artística, científica y técnica. Comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

c) Reunirse, manifestarse, y asociarse libremente si estuvieran en posesión de la autorización de estancia o residencia en España.

d) A votar en las elecciones municipales, si fueran residentes y existiera reciprocidad en los términos en que los tratados o la ley establezcan para los españoles residentes en sus países de origen.

e) Acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.

f) Obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso se pueda producir indefensión, lo que comporta derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia gratuita de letrado e intérprete siempre y en todo caso para los procedimientos de denegación de entrada en España o de expulsión, y sólo si acreditan no tener medios siendo residentes en España o estando empadronados, para todos los demás juicios.

g) A la educación hasta los 18 años con acceso a la enseñanza básica, gratuita y obligatoria, así como a acceder a actividades docentes y de investigación científica y a crear y a dirigir centros de enseñanza (recordar que además de un derecho es un deber, para lo cual las administraciones garantizarán un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización gratuita de la población que los solicite).

h) Acceso a la vivienda, si son residentes y están empadronados.

i) A ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena.

j) A acceder como personal laboral de las administraciones públicas en igualdad de condiciones con los comunitarios.

k) Acceder a los servicios y prestaciones del sistema de la Seguridad Social, si son residentes, en las mismas condiciones que los españoles (recuérdese que los que realizan un trabajo por cuenta ajena sin autorización previa administrativa tienen la condición de residentes por el solo hecho de realizar ese trabajo “indocumentados” durante el tiempo de la prestación del trabajo). El resto tienen derecho a los servicios y prestaciones básicas.

l) A la asistencia sanitaria si están empadronados y los menores de 18 años en todo caso, como si fueran españoles y, los mayores de 18 años no empadronados, sólo en caso de urgencia por enfermedad grave o accidente y hasta el alta médica.

Las mujeres embarazadas durante el embarazo, parto y posparto.

m) A sindicarse libremente.

n) A la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses.

Dicho lo anterior, hay que precisar que para los derechos de entrada de extranjeros, concesión de autorizaciones y ejercicio de algunas profesiones relacionadas

con los servicios a las administraciones públicas (funcionarios) existen limitaciones reconocidas por las legislaciones de los países de nuestro entorno y recogidas por el Derecho comunitario. Así, el artículo 3.2 de la Directiva 2000/43 establece: "La presente directiva no afectará a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad, y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los estados miembros, y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas." La inaplicación del principio de no-discriminación con relación a las políticas estatales respecto a la entrada de extranjeros se explica por la existencia de fronteras.

Existe la posibilidad de trato diferenciado en el ámbito laboral interno entre comunitarios y extracomunitarios, a pesar de los convenios internacionales suscritos por los estados miembros, si bien existe un implícito compromiso comunitario por el trato igualitario en las condiciones de empleo de comunitarios y extracomunitarios, en consideración a textos como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En todo caso, cuando el artículo 137 de la Directiva legitima el trato diferenciado en materia de condiciones de trabajo excluye las diferencias de carácter peyorativo o discriminatorio.

2.4. Situaciones administrativas de los extranjeros en España

El artículo 55 del Real decreto 2393/2004 señala que la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena de duración determinada se tramitará por el procedimiento previsto para las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, con las especialidades previstas en esta sección.

Las actividades permitidas por esta autorización son:

–De temporada o campaña. Su duración coincidirá con la del contrato/s de trabajo, con el límite máximo de nueve meses, dentro de un período de doce meses consecutivos.

–De obra o servicio para el montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificaciones y redes de suministro eléctrico, etc., así como su puesta en marcha y reparaciones.

–De carácter temporal, realizadas por personal de alta dirección y otros colectivos que se determinen.

–Para la formación y realización de prácticas profesionales.

La duración de la autorización coincidirá con la del contrato de trabajo, con el límite máximo de un año (nueve meses en los contratos de temporada o campaña) y no será susceptible de renovación, pero sí prorrogable en los casos y con las condiciones previstas en la legislación laboral reguladora de los contratos temporales.

En relación con los tipos de autorización de trabajo debe diferenciarse lo siguiente.

2.4.1. Situaciones de estancia

Con visado de tránsito.

Los poseedores de este visado únicamente están autorizados para atravesar el territorio español permaneciendo en puertos y/o aeropuertos o estaciones ferroviarias por causa de viajes.

Con visado de estancia (prorrogable).

Sólo autoriza una permanencia de tres meses en territorio español dentro de cada período de seis meses. Los que tengan visado de estancia, antes de agotar los tres meses, si quieren continuar, deberán o solicitar una prórroga de estancia o bien iniciar los trámites para la autorización de residencia.

Con visado de residencia (renovable).

Permite residir sin trabajar ni realizar actividad lucrativa, entre 91 días y cinco años acreditando medios de vida suficientes para atender los gastos de manutención propios y los de la familia que se encuentra bajo su dependencia en territorio español. Se incluyen aquí los familiares del trabajador que se hallan en situación de reagrupamiento familiar.

Para poder obtener el visado de residencia es preciso carecer de antecedentes penales en España o en cualquier otro país en que haya residido si los antecedentes que en ellos tuviera fueran constitutivos de delito en España. También serán excluidos los que hayan sido rechazados en virtud de los acuerdos de Schengen.

Residencia autorizada sin visado.

Sólo se expide por razones humanitarias (refugiados, etc.) o de colaboración con la justicia u otras causas excepcionales.

2.4.2. Situaciones de residencia

Con visado de trabajo y residencia.

Temporal. Permite trabajar por cuenta propia o ajena durante un período de 91 días a cinco años.

Permanente. Para el que haya superado los cinco años de forma continuada (salvo las salidas por vacaciones) podrá solicitar el visado permanente. Excepcionalmente por motivos de especial vinculación con España (artistas, familiares del 11-M, etcétera).

Con visado de estudios.

Tendrá validez sólo para la duración del curso solicitado, la beca de investigación, o la formación en España (no confundir con contrato para la formación dentro de los contratos formativos regulados en el artículo 11 del ET).

Este visado es compatible con trabajos a tiempo parcial o de duración determinada del artículo 15 del ET y Real decreto 2720/94.

2.4.3. Apátridas y refugiados

Son apátridas los que carecen de documentación personal (no los que la hayan extraviado o les haya sido sustraída) o que prueben que su país de nacionalidad no les reconoce. En estos casos se les facilita una tarjeta de identidad y se les aplica el estatuto de apátrida.

No se extenderá la autorización como apátrida a los que hayan sido expulsados o tengan pendiente orden de expulsión en España.

2.4.4. Menores

Si hay duda acerca de la edad de algún extranjero indocumentado (en la frontera de la mayoría de edad), se remiten al juzgado de menores para la indagación de su edad. Si resulta ser menor, pueden adoptarse dos medidas según se tenga conocimiento de la familia del menor o se desconozcan sus datos familiares o de nacionalidad. En el primer caso se devuelven a su país. En el segundo se autoriza su residencia como tutelado por la Administración pública.

2.5. Requisitos de los extranjeros no comunitarios para trabajar en España

a) *En actividades económicas por cuenta propia o ajena.*

Tanto si es para ejercer actividad de comercio, industria, agricultura o artesanía, deberán cumplir los mismos requisitos y obtener las mismas autorizaciones administrativas que los españoles que se dediquen a esa actividad. Y lógicamente hallarse en España en situación legal de residencia.

b) *En actividades lucrativas por cuenta ajena.*

Destacan los problemas a que ha dado lugar la interpretación del artículo 36 de la Ley orgánica 8/2000, con la polémica iniciada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de mayo de 2002, que ha sido posteriormente convalidada por la nueva redacción dada a dicho artículo por la Ley orgánica 14/2003.

Se suprime la exigencia del permiso de residencia y ahora sólo se requiere el de trabajo.

Artículo 36.1:

“Los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar.

“Esta autorización habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de la vigencia, extinguiéndose si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma no se solicitase, en su caso, el correspondiente visado.”

c) *La novedad del visado para buscar empleo.*

El artículo 81 del Reglamento (Real decreto 2393/2004) desarrolla la novedad introducida en la Ley orgánica 4/2000, disponiendo que los visados para búsqueda de empleo autorizarán a desplazarse al territorio español

para buscar trabajo durante el período de estancia de tres meses. Si, transcurrido dicho plazo, no hubiera obtenido un contrato, el extranjero quedará obligado a salir del territorio nacional; en caso contrario, incurrirá en la infracción prevista en el artículo 53.a) de la Ley orgánica 4/2000 (infracción grave que lleva aparejada la multa de 301 a 6.000 euros).

Los artículos 82 y 83 del citado Reglamento regulan las particularidades de los visados para la búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen, y para determinados sectores de actividad u ocupaciones.

2.6. Derechos laborales de los extranjeros en España y contratos que pueden celebrar

En principio, los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores extranjeros son idénticos a los de los trabajadores españoles desde el momento en que se les concede a aquéllos el permiso de trabajo, y, añadiríamos, también desde el momento en que realizan trabajos por cuenta ajena sin que el empleador haya obtenido la autorización administrativa previa.

En cuanto a los contratos que se pueden celebrar, en primer lugar hay que recordar algo fundamental, y es que para la concesión de una autorización de trabajo hace falta la existencia de una oferta de trabajo. Una vez se haya concedido la autorización se podrá celebrar el contrato de trabajo.

El empresario podrá celebrar cualquier tipo de contrato siempre que se reúnan los requisitos legales que, para celebrar el contrato que se va a formalizar, exijan el Estatuto de los trabajadores y los reales decretos reguladores de los distintos contratos temporales, para la formación, empleadas del hogar, etcétera.

2.6.1. La singularidad del contrato de trabajo para la formación realizado con extranjeros extracomunitarios

A estos efectos, cabe destacar, por su singularidad, el contrato de trabajo para la formación realizado con extranjeros extracomunitarios, según la Ley 12/2001, de 9 de julio.

En primer lugar, el límite de edad difiere, en su tope máximo, ya que la regla general es la de tener el contrato entre 16 y 21 años [artículo 11.2.a) del ET]. Sin embargo, para los extranjeros no hay límite máximo de edad si éste se halla en alguna de las siguientes circunstancias:

Dentro de los dos primeros años de vigencia de su autorización administrativa para trabajar, salvo que acredite la formación y experiencia necesarias para el desempeño del puesto de trabajo. En cuanto a quién debe apreciar la existencia de la formación y de la experiencia, si se trata de enseñanza no titulada o titulada no homologada, no cabe otra posibilidad que dejar en manos del

empleador la existencia de esos requisitos que, además, y dada la preposición conjuntiva y no la disyuntiva utilizada en el precepto, deberán darse las dos:

–Los que lleven más de tres años sin actividad laboral.

–Los que se encuentren en situación de exclusión social.

En cuanto a la duración del contrato, habrá que estar a la misma normativa y con los mismos requisitos que los españoles, por lo que también les afectará la prohibición de más de dos años cuando se sumen dos o más contratos para la formación.

Un problema específico de este tipo de contratos, dada su regulación en el Real decreto 2720/1998, es el que pone de relieve Margarita Tarabini en su artículo “El nuevo contrato para la formación de los extranjeros tras la Ley 12/2001”. De entrada, el tenor del artículo 11.2 del ET parece requerir que el oficio o puesto de trabajo a desempeñar a través de este contrato tenga una cierta cualificación. Según el precepto, dicho contrato tendrá por objeto la adquisición de la formación teórica y práctica para el desempeño adecuado de un oficio o puesto de trabajo que requiera un determinado nivel de cualificación. En esta dirección se ha señalado que debe haber una correspondencia entre los cursos de formación y las funciones del puesto de trabajo. Por lo dicho, no podrían ser contratados por esta vía el amplio porcentaje de extranjeros que desempeñan empleos poco cualificados en sectores como la agricultura, servicio doméstico o la construcción, que son, precisamente, donde se encuentran las mayores bolsas de contratación de trabajadores extranjeros.

En cuanto a la exigencia de que el trabajador no posea la titulación requerida para la realización de un contrato en prácticas en el puesto para el que es contratado, hay que tener en cuenta la posibilidad de que el extranjero posea un título que habilite para su contratación en prácticas, pero que el mismo no esté homologado. El artículo 36.2 de la Ley orgánica 4/2000 exige que, si el extranjero se propone trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se requiera una titulación especial, la concesión del permiso se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente. Así, el extranjero con título no homologado podrá suscribir un contrato de aprendizaje; pero si ese título es de los que facultan para un contrato en prácticas, una vez homologado deberá ponerse fin al contrato de formación, pudiendo sustituirse por un contrato en prácticas.

Para el caso de que el trabajador extranjero no haya terminado la escolarización en su país, no podrá ser contratado para la formación (aprendizaje) si la formación obligatoria ocupa por completo el tiempo de formación o aquél tiene escasas posibilidades de completarla, y ya no digamos si el extranjero contratado para la formación carece de conocimientos de castellano o de

cualquier otra lengua oficial de la comunidad autónoma en la que resida, lo que imposibilita el aprovechamiento de la formación teórica. Si bien es cierto que el trabajador contratado para la formación sólo está obligado a recibirla, sin que deba acreditar el aprovechamiento de la misma, no parece que se cumpla la finalidad del contrato formativo, pues la ineficacia de la formación, provocada por la imposibilidad de que el extranjero la comprenda, supondría, en puridad, incurrir en fraude de ley.

La reforma introducida en el artículo 11 del ET por la citada Ley 12/2001 tiene una especial importancia en la práctica, con resultados ya experimentados, porque permite la formación de trabajadores extranjeros que carecían de cualificación, lo que excluye la utilización de este tipo de contratos cuando el extranjero tenga la titulación requerida (y homologada) para celebrar un contrato en prácticas. Añádanse a lo dicho las ventajas en el abono de las cuotas a la Seguridad Social, al tratarse de cuota fija que establece cada año la Ley de presupuestos generales del Estado, pudiendo fijarse en convenio colectivo un salario para este tipo de contratos, siempre que no sea inferior al salario mínimo interprofesional.

2.6.2. Al tratar las cuestiones que se suscitan en la contratación laboral con extranjeros, hay que diferenciar según sea la situación administrativa del extranjero

Si se halla en posesión de los reglamentos-permisos de residencia (hoy profundamente modificados) y el de trabajo o “autorización administrativa”, su situación en cuanto a derechos y deberes no difiere en absoluto de la de los trabajadores españoles o de los comunitarios. Se pueden celebrar todos los contratos indefinidos y temporales con sujeción a los mismos requisitos que se establecen en las leyes laborales para la contratación con españoles.

Los extranjeros gozan en España de igualdad de trato en el ejercicio del derecho al trabajo, y así viene reconocido en instrumentos internacionales que, suscritos por el Estado español, obligan con la fuerza de la legislación propia, por ejemplo en la Carta Social Europea, que impide dar a los extranjeros legalizados un trato menos favorable que a los nacionales propios. Tal precepto ha sido recogido en el Reglamento de extranjería y en las medidas antidiscriminatorias de los artículos 23 y 24 de la Ley orgánica 4/2000.

2.6.3 Actos de discriminación

Son actos de discriminación cometidos por los empresarios:

a) Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles para obtener bienes o servicios.

b) Los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el

acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales.

c) Los que perjudiquen injustificadamente a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia, etc. Siempre que afecten a requisitos no esenciales para el desarrollo de una actividad laboral.

d) Cualquier acción del empresario o sus representantes que produzca efecto perjudicial, discriminando, aún indirectamente, a los trabajadores por su condición de extranjeros.

2.6.4. La inscripción en las oficinas de empleo

Para acceder a un empleo los trabajadores extranjeros legalizados pueden inscribirse en las oficinas de empleo del INEM o a través de las agencias de colocación.

Para su inscripción como demandantes de empleo se utiliza el número de identidad de extranjero (NIE), que debe figurar en todos los documentos que se expidan o tramiten. Este número es personal, único y exclusivo.

Se permite la inscripción y permanencia en las oficinas de empleo a los titulares de los siguientes documentos, siempre y cuando estén vigentes:

a) Los titulares del permiso de trabajo tipo A con una duración superior a noventa días que implique la concesión de un permiso de residencia tipos B, b, C, D, d, E, permanente, extraordinario y documento de identidad de los refugiados y de los familiares a quienes se les haya reconocido la extensión familiar para residir en España.

b) Quienes acrediten la solicitud de renovación de un permiso de residencia y sean titulares de los permisos b, B, y C ya caducados y un permiso de trabajo.

c) Los titulares de los permisos C y E durante los tres meses posteriores a la fecha de su expiración.

d) Los titulares de permisos permanentes o extraordinarios aunque hubiesen caducado las tarjetas que documentan dichas autorizaciones.

e) Quienes aporten una certificación expedida por las delegaciones del Gobierno o Dirección General de Ordenación de las Migraciones que acredite que el extranjero se encuentra en alguno de los supuestos recogidos en el Real decreto 155/1996 (haber sido español, ser hijo o nieto de español de origen, etcétera).

f) Los extranjeros mayores de 16 años que ejerzan o traten de ejercer cualquier actividad lucrativa laboral o profesional en España deberán de cumplir, como norma general, los siguientes requisitos.

Encontrarse en alguna de las siguientes situaciones:

a) Situación de estancia legal, cuando la permanencia no es superior a noventa días. Transcurrido ese tiempo, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o un permiso de residencia.

b) Posesión del permiso de residencia temporal, si su duración es mayor de noventa días e inferior a cinco años. La situación de residencia temporal se concederá

al extranjero cuando acredite disponer de medios de vida suficientes para atender a los gastos de manutención y estancia de su familia, durante el periodo de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia habiendo solicitado para ello las licencias o permisos correspondientes, tenga una oferta de contrato de trabajo a través de procedimiento reglamentariamente reconocido o sea beneficiario del derecho al reagrupamiento familiar.

c) Igualmente podrá acceder a la situación de residencia temporal el extranjero que en su momento hubiera obtenido tal permiso y no lo hubiera podido renovar, así como aquellos que acrediten una estancia ininterrumpida de cinco años en territorio español y cuenten con medios económicos para atender a su subsistencia.

d) Se requiere, también, que el extranjero carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en territorio Schengen, ni en aquellos con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.

e) Residencia permanente, situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles. Tendrán derecho a la residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente hayan abandonado el territorio temporalmente. Con carácter reglamentario y excepcionalmente se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España.

f) Estar en posesión del permiso de trabajo en caso de trabajadores por cuenta ajena o de autorización administrativa, en caso de trabajadores por cuenta propia.

2.6.5. La autorización exigida al empleador para contratar a un trabajador extranjero

Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deben solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

La carencia de la autorización correspondiente para contratar por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.

Los empleadores están obligados al pago de la tasa correspondiente a la autorización expedida al extranjero para trabajar por cuenta ajena en España y el propio trabajador cuando lo sea por cuenta propia. Será nulo todo pacto por el cual el trabajador por cuenta ajena asuma pagar total o parcialmente la tasa establecida.

Si el empleador incumpliere la obligación de solicitar el permiso, podrá el trabajador extranjero solicitar directamente la concesión de dicho permiso. En cualquier caso, para la concesión inicial del permiso de trabajo se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo.

La duración del permiso de trabajo será inferior a cinco años, pudiendo ser limitada a un determinado territorio, sector o actividad.

Puede ser renovado si persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial o cuando se cuenta con una nueva en los términos que se establezcan reglamentariamente. También cuando la autoridad competente, conforme a la normativa de la Seguridad Social, hubiere otorgado una prestación contributiva de desempleo por el tiempo de duración de dicha prestación.

Igualmente, cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral, durante el plazo de duración de la misma.

A partir de la primera concesión, los permisos se concederán sin limitación alguna de ámbito geográfico, sector o actividad.

La validez del contrato no desaparece por la expiración del permiso ya poseído, pues el empresario, si le corresponde solicitar su renovación y no lo hace, no puede actuar de forma que transforme en nulo un contrato inicialmente válido (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de octubre de 1991). La misma sentencia aprecia la posibilidad de fraude de ley en la contratación de extranjeros.

2.7. La realización de trabajos sin previa autorización administrativa

2.7.1. El nuevo planteamiento legal

El artículo 36.3 de la Ley orgánica 4/2000, esencial en el estudio de los efectos producidos por la contratación sin autorización previa, ha sido modificado desde su redacción originaria en la Ley 4/2000 por la Ley orgánica 8/2000 y, de forma especial, por la Ley orgánica 14/2003. Su redacción actual es la siguiente:

“1. Los extranjeros mayores de 16 años, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar.

“Esta autorización habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia, extinguiéndose si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma no se solicitase, en su caso, el correspondiente visado.

“2. Cuando el extranjero se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, la concesión de la

autorización se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente.

“También se condicionará a la colegiación, si las leyes así lo exigiesen.

“3. Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 de este artículo.

“La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquéllas en materia de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.

“4. En la concesión inicial de la autorización administrativa para trabajar podrán aplicarse criterios especiales para determinadas nacionalidades en función del principio de reciprocidad.”

¿Qué es esa autorización administrativa previa para trabajar? En la ley anterior se exigía: primero, obtener el permiso de residencia, y, una vez en posesión de éste, obtener el permiso de trabajo. Hoy la autorización administrativa previa para trabajar ya habilita al extranjero para residir por el tiempo de vigencia del contrato.

Parece clara la voluntad del legislador, que puede resumirse en:

a) El empresario es quien está legitimado para solicitar la autorización inicial.

b) Al ser el legitimado deberá abonar las correspondientes tasas, excepto para los trabajos temporales de duración inferior a seis meses, que están exentos.

c) Se simplifica el procedimiento de gestión al incorporar de forma unitaria el visado de trabajo y de residencia.

d) Para la concesión inicial de la autorización de trabajo por cuenta ajena se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo.

e) La autorización inicial tendrá una duración inferior a cinco años, y podrá limitarse a un determinado territorio, sector o actividad.

f) La autorización inicial se renovará siempre que:

–Al finalizar la concesión inicial persista el contrato, o se renueve, o exista una oferta de trabajo como la que motivó su concesión inicial. En estos casos se ha suprimido la obligación de la fidelización, que obligaba al trabajador a continuar con el contrato que originó su autorización administrativa. Ahora el empresario que obtenga la autorización administrativa previa deberá ajustar las condiciones de trabajo al extranjero, por cuanto si las condiciones son inferiores a las de mercado el trabajador extranjero podrá acogerse a una nueva oferta de empleo más ventajosa.

–Cuando el trabajador extranjero esté gozando de una prestación contributiva de desempleo, y también cuando sea beneficiario de una prestación asistencial de

carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral durante el plazo de duración de la misma.

–Cuando concurren las circunstancias que se establezcan reglamentariamente.

g) A partir de la primera autorización, las siguientes se concederán sin limitación alguna de ámbito geográfico, sector o actividad.

2.7.2. El artículo 36.3 de la Ley orgánica 4/2000 y su desarrollo por los tribunales

¿Cómo ha interpretado este precepto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los juzgados y tribunales de lo social?

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha sido pionero en la interpretación extensiva del artículo 36.3, en la redacción dada por la Ley orgánica 8/2000, adelantándose a la interpretación legal que supuso la redacción modificada por la Ley orgánica 14/2003. Hoy dicha doctrina, que ha sido objeto de numerosos comentarios, es ya pacífica.

2. El fundamento quinto en su parte más esencial señala:

La cuestión relativa a la validez y eficacia de la relación laboral existente entre una empresa y un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, debe analizarse partiendo de lo dispuesto en el artículo 71, letra c) del Estatuto de los trabajadores. Establece este precepto que podrán contratar la prestación de su trabajo “los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia”, remitiéndose de esta forma a la normativa especial que regula la situación de los extranjeros en España para determinar las condiciones de eficacia de las relaciones laborales concertadas por los mismos.

La Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio, lo regulaba en su artículo 15.11, que condicionaba totalmente la posibilidad de realizar una actividad laboral en España a la obtención del permiso de trabajo. En la interpretación de este precepto legal vino finalmente a consolidarse la línea jurisprudencial que considera nulo el contrato de trabajo concertado por el extranjero que carece de la autoridad administrativa para trabajar, paradigma de la cual es la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1997, en la que se concluye que un contrato de trabajo sin obtención del permiso de trabajo es un contrato concertado contra la prohibición expresa de la ley, que merece la calificación de nulo por aplicación concordada de los artículos 6.3 y 1275 del Código civil, en relación con el artículo 7.c) del Estatuto de los trabajadores, y tal declaración de nulidad ha de entenderse sin perjuicio de lo prescrito por el artículo 9.3 del Estatuto de los trabajadores. Conforme a esta interpretación, el contrato de trabajo debía reputarse nulo cuando el trabajador extranjero no disponía del permiso de trabajo, y en consecuencia entender que carecía por ello de acción para reclamar por despido frente al empresario, pudiendo, tan sólo, exigir la remuneración por el trabajo que ya hubiere prestado.

Pero esta situación jurídica debe considerarse radicalmente modificada por lo establecido en el artículo 33.3 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, actual artículo 36.3 de esta ley tras la reforma operada en la misma por la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Este artículo establece, en su párrafo primero, una regulación similar a la contenida en el artículo 15.11 de la Ley orgánica 7/1985, para señalar que los extranjeros mayores de 16 años, para ejercer cualquier actividad lucrativa laboral o profesional, deberán obtener, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar, pero introduce una sustancial diferencia en su párrafo tercero cuando dice que la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero. Tan contundente aserto tan sólo puede ser interpretado en el sentido de considerar que el contrato de trabajo es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales o administrativas a que pudiere dar lugar el

La sentencia de referencia es la de fecha 14 de mayo de 2002 (rollo 6085/2001), en la que se fundamenta. La doctrina se contiene en el fundamento quinto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de mayo de 2002,² y dado que su redacción es anterior a la publicación de la Ley orgánica 14/2003, para su comprensión deben sustituirse las referencias a las modificaciones introducidas por la Ley 8/2000 por la más amplia operada por la citada Ley orgánica 14/2003.

A la vista de la doctrina ya generalmente aceptada, ¿qué problemas pueden plantearse en las demandas por despido formuladas por un trabajador extranjero sin autorización administrativa previa?

a) *Despido procedente.*

Si el trabajador extranjero sin autorización es despedido por un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones, por causa de despido según el artículo 54 del ET o en aplicación del convenio colectivo aplicable

incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo. Se ha querido dejar, de esta forma, a salvo y en toda su plenitud los derechos laborales del trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, para que pueda exigir al empresario el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de cualquier relación laboral conforme a lo que dispone el Estatuto de los trabajadores, incluida una eventual reclamación por despido.

Como es de ver, la regulación actual señala, de forma expresa, que la carencia de la preceptiva autorización administrativa no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero introduciendo con ello una radical diferencia respecto a la regulación anterior con la que claramente se quiere indicar que el contrato de trabajo no quedará invalidado y esta situación no afectará a los derechos laborales del trabajador extranjero, que se mantienen por ello íntegros y sin limitación.

La aplicación a este precepto de los criterios hermenéuticos que, sobre interpretación de las leyes, establece el artículo 3.11 del Código civil, abunda en esta conclusión.

El elemento gramatical, “sentido propio de sus palabras”, no puede ser más claro y preciso cuando se dice que la falta de autorización administrativa no invalidará el contrato de trabajo, por lo que ya no puede considerarse nulo el contrato con las consecuencias previstas en el artículo 9 del Estatuto de los trabajadores, a la vez que se añade que su validez lo será respecto a los derechos del trabajador extranjero, con lo que se quiere destacar que tales derechos han de respetarse en su integridad con independencia de las consecuencias jurídicas que la irregular concertación de la relación laboral pudiere desplegar en otros ámbitos.

El elemento sistemático lo ratifica, pues el contexto en el que se contiene este precepto no hace sino abundar en ella al establecer, el párrafo primero del artículo 33, el requisito general de la necesidad del permiso de trabajo, para luego dejar a salvo, en su párrafo tercero y en todo caso, los derechos del trabajador extranjero “sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar” esta irregular contratación, modificando de esta forma el régimen jurídico hasta ese momento aplicable, que conducía inexorablemente a la aplicación del artículo 9.3 del Estatuto de los trabajadores para permitir tan sólo la reclamación de posibles salarios adeudados como única consecuencia derivada de la misma.

De igual forma los antecedentes históricos y legislativos, ya que, de haber querido el legislador mantener la misma situación jurídica preexistente a la entrada en vigor de la Ley 4/2000, resultaba del todo innecesaria la precisión que se hace en el párrafo 3.º del artículo 33 para dejar a salvo la validez del contrato de trabajo, cuando la anterior regulación de la materia y los antecedentes jurisprudenciales ya contenían una completa ordenación de las consecuencias jurídicas derivadas de la carencia de permiso de trabajo, que en la conjunta aplicación de los artículos 7.c) y 9.3 del Estatuto de los trabajadores y 15.1 de la Ley orgánica 7/1985, que se revoca y sustituye, conllevan no sólo a generar frente al empresario “las responsabilidades a que dé

al sector o a la empresa empleadora, el extranjero despedido, si se declara procedente el despido, sólo tendrá derecho al desempleo si es que reúne los requisitos necesarios para alcanzar la prestación, excluida la cotización efectiva por cuanto, dado su carácter de "sin papeles", no habrá podido ser dado de alta en la Seguridad Social ni haber cotizado por él. Juega aquí la responsabilidad empresarial del artículo 126 del TRLGSS sin perjuicio del adelanto con cargo al INEM.

Será muy difícil que, aun concurriendo causa, se declare la procedencia del despido porque para ello sería preciso que el acto extintivo fuera notificado en forma al trabajador, con los requisitos del artículo 55.1 del ET.

b) Despido improcedente.

Suele ser el más habitual, por cuanto el empresario, para evitar las sanciones administrativas, suele negar la relación, y, en consecuencia, despide verbalmente o por la vía de hecho negándole acceso al centro de trabajo.

Declarada la improcedencia del despido, no cabe aplicar íntegramente los efectos del artículo 56.1 del ET, y sí, únicamente, habrá que declarar la extinción indemnizada del trabajador extranjero sin que pueda ofrecerse al empresario el derecho de opción por la readmisión. Ello, por pura lógica (aunque se ha dado ya alguna sentencia que, tras declarar la improcedencia del despido, ofrecía al empresario la opción entre la extinción indemnizada o la readmisión inmediata). La situación administrativa del extranjero en España no puede modificarse de raíz por el incumplimiento laboral del empresario ni puede perpetuarse la estancia no autorizada de un extranjero como ejercicio del derecho laboral nacido de la prestación de trabajo que le reconoce el artículo 36.3 de la Ley orgánica 4/2000.

En cuanto a los salarios de tramitación, se devengarían en los mismos supuestos que si el despedido fuera un trabajador español o extranjero con autorización administrativa, incluso nada impide la aplicación del artículo

56.2 del ET y, en consecuencia, no dar lugar a salarios de trámite en el improbable supuesto de que el empresario reconociera la improcedencia del despido y así lo notificara por escrito al trabajador, y consignase, tras el ofrecimiento no aceptado, la indemnización legal en el juzgado de lo social, pues se trata de equiparar al trabajador extranjero sin autorización al español o extranjero "legalizado"; pero no de darle mejor trato que a estos últimos.

c) Despido nulo.

Si en el despido concurriese alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 55.5 del ET, o se tratase de un despido objetivo y no se hubiesen cumplido los trámites del artículo 51 (colectivo), o del artículo 53, ambos del ET, el despido sería declarado nulo. En estos casos sería de aplicación lo dispuesto en el epígrafe anterior. No puede resolver la sentencia ordenando la readmisión inmediata, sino que habrá que seguir la solución conocida para los despidos nulos cuando resulta imposible la readmisión efectiva del trabajador: declarar la extinción de la relación con la indemnización legal y, tanto en este supuesto como en el despido improcedente, condenar así mismo al abono de los salarios de tramitación.

d) Otros derechos laborales.

El trabajador extranjero sin autorización tiene derecho en las mismas condiciones que el español al percibo de las retribuciones salariales de acuerdo con el convenio colectivo aplicable, a falta lógicamente de un contrato individual en el que se mejoren aquellas retribuciones.

También tienen derecho a las percepciones no salariales como las indemnizaciones por servicio (dietas, locomociones, uso de ropa y herramientas, etc.), así como por traslados consecuencia de la movilidad geográfica, etcétera.

Igualmente podrá reclamar las mejoras establecidas por convenio a las prestaciones de la Seguridad Social.

lugar", sino también a la completa ineficacia de un contrato de trabajo que se consideraba, por este motivo, invalidado.

Con esos antecedentes la nueva ley indica, de forma expresa, que la falta de la autorización administrativa no invalidará el contrato de trabajo, modificando de esta manera los efectos que anteriormente se derivaban de esta situación, en lo que sólo puede interpretarse como una sola voluntad de dar un tratamiento jurídico diferente a la misma. En lo que abunda una circunstancia nada desdeñable, cual es el hecho de que en la reforma de la Ley orgánica 4/2000, operada por la Ley orgánica 8/2000 no se modifica el contenido de este artículo cuando se altera su numeración, pese al largo período transcurrido entre la vigencia de una y otra norma, la doctrina científica ya había puesto de manifiesto las consecuencias jurídicas derivadas del mismo, sin que el legislador hubiere considerado necesario variar en este punto la redacción de la Ley orgánica 4/2000, que reformaba profundamente la anterior regulación sobre la materia.

El elemento sociológico, la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, y el elemento teleológico, su espíritu y finalidad, confirman asimismo la interpretación de una ley con la que se ha querido proteger al trabajador extranjero como víctima y principal perjudicado de una realidad social que demuestra la frecuente contratación irregular por empresarios que apro-

vechan esta situación para imponer condiciones de trabajo abusivas, con el convencimiento de que el trabajador carece de la posibilidad legal de exigir el cumplimiento de las obligaciones ordinarias que derivan de cualquier contrato de trabajo, a lo que se quiere poner término permitiendo al trabajador actuar contra este empresario también en el ámbito laboral.

Es consciente el legislador de que el mayor damnificado por la ilegal actuación del empresario es el propio trabajador, y con esta modificación legal se han querido garantizar plenamente sus derechos laborales reconociendo que no es suficiente para ello la exigencia al empresario de responsabilidades administrativas, o incluso penales, con las que se sanciona al empleador pero no se consigue la aplicación en beneficio del trabajador de tales derechos.

Con la nueva ley se trata de asegurar plenamente al trabajador todos sus derechos laborales, a la vez que se exige al empleador las demás responsabilidades a que su actuación haya podido dar lugar, distinguiendo de esta forma dos distintos ámbitos jurídicos con los que se quiere abarcar todo el conjunto de obligaciones legales que el empresario debe asumir cuando contrata irregularmente a un trabajador extranjero, añadiendo a las penales y administrativas, que ya eran preexistentes a la entrada en vigor de esta nueva ley, las de carácter laboral que aquí se incorporan.

Resumiendo, todos aquellos derechos laborales recogidos en la legislación laboral y en las disposiciones contenidas en los convenios colectivos de aplicación.

Al efecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de noviembre de 2001 establecía, con respecto al período de prueba en el supuesto de un trabajador extranjero que inició la prestación sin autorización, legalizándola después, el derecho del trabajador en que se le computara el tiempo trabajado de forma irregular a efectos del transcurso del período de prueba: "El artículo 14.2 del ET señala que durante en el período de prueba el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso [...] será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la misma empresa, bajo cualquier modalidad de contratación."

e) *¿Qué sucede si, tras una oferta de trabajo, una vez el trabajador obtiene la autorización, el empresario oferente no suscribe el contrato ofrecido?*

Creemos que deben aplicarse las disposiciones reguladoras del nacimiento de las obligaciones, contenidas en el Código civil y, en su virtud, aceptada la oferta por el trabajador y habiéndose producido la condición de haber obtenido la autorización administrativa, el contrato queda válidamente constituido y la negativa del empresario a la incorporación del trabajador equivaldría a despido.

Distinto es el supuesto en que la oferta de contrato lo sea para un trabajo de duración determinada y se añada una cláusula o condición adicional a la de obtener la documentación necesaria para la autorización administrativa, como puede ser que dicha autorización se dé antes de una determinada fecha, en tanto su retraso puede llegar a hacer innecesaria la cobertura del puesto de trabajo ofrecido, bien porque ha finalizado la circunstancia eventual de la producción, la obra o servicio o la sustitución por interinidad prevista, que servían de causa al contrato ofrecido. Justificada la negativa a formalizar el contrato por incumplimiento de esa condición o requisito de tiempo para mantenerla, no se produciría la obligación de formalización del contrato por incumplimiento de la condición.

2.8. Protección de los trabajadores extranjeros por el sistema de la Seguridad Social

El artículo 7.1 del Real decreto legislativo 1/1994, por el que se aprueba el TRLGSS, al regular el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social dispone:

"1. Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de modalidad contributiva, cual-

quiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y *los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España*, siempre que, en ambos supuestos ejerzan su actividad en territorio español y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:

"a) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del Estatuto de los trabajadores en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aún de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a domicilio, y con independencia, en todos los casos, de la categoría profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral [...].

"[...] 5. Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español, se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el número tres de este artículo (como titulares de prestaciones de la modalidad no contributiva). Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los tratados, convenios, acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o cuando les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida [...]."

La vigente normativa específica de Seguridad Social en relación con los extranjeros comprende también el artículo 42 del Real decreto 84/1996, sobre inscripción de empresas, afiliación y altas y bajas de trabajadores.

En consecuencia, y como norma general, el acceso al sistema de la Seguridad Social del extranjero se condiciona expresamente a su situación legal, tanto en lo que atañe a la residencia como al permiso de trabajo, y digo lo de *como norma general* por la particularidad introducida en el artículo 36.3 de la Ley orgánica 4/2000, que, como se vio en la transcripción anterior, extiende esta protección a los extranjeros trabajadores "sin papeles".

El apartado 1 del artículo 10 de la Ley orgánica 4/2000 establece que los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta ley orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a:

a) Ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena.

b) Al acceso al sistema de la Seguridad Social de conformidad con la legislación vigente.

En su artículo 14, la Ley orgánica remacha que los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. Esta legislación vigente es, fundamentalmente, el TRLGSS, y, dentro de su articulado, la especial atención que merecen los artículos 7 a 14 y 97 a 102, así como el, ya citado, Real decreto 84/1996, sobre altas y bajas de trabajadores.

Cuando se habla de las prestaciones y servicios de la Seguridad Social hay que entender la asistencia sanitaria y las prestaciones de nivel contributivo y las de nivel asistencial.

2.8.1. Nivel contributivo

El artículo 10 de la Ley orgánica 4/2000 hace referencia al campo de aplicación del nivel contributivo estableciendo que el extranjero que, reuniendo los requisitos legales, desempeñe una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, tiene derecho a acceder al sistema de la Seguridad Social, o lo que es lo mismo, a adquirir la condición de sujeto protegido por el sistema a través del encuadramiento en uno de los regímenes que lo conforman. Ello conlleva que se formalicen las relaciones instrumentales de afiliación, alta y cotización.

Ahora bien, en el caso de los extranjeros sin autorización administrativa, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 36.3 de la Ley orgánica 4/2000, también tendrán derecho a todas esas prestaciones de nivel contributivo *sin que pueda exigirse el alta y cotización en la Seguridad Social por cuanto su condición de no poseedor de autorización administrativa para trabajar le impide, de momento, su alta en el sistema.*

En ese caso entraría el juego del artículo 126 del TRLGSS y las disposiciones que todavía lo desarrollan reglamentariamente como son los artículos 94 a 96 de la antigua Ley de la Seguridad Social de 1966.

2.8.2 Nivel no contributivo o asistencial

El trabajador extranjero ostenta igualmente derecho a acceder al campo de aplicación del nivel no contributivo y, más en concreto, a la protección familiar tal como se desprende de la Ley 53/2003, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

Relacionando lo dispuesto en el artículo 14.1 y en el artículo 36.3, ambos de la Ley orgánica 4/2000, y como desarrollo al principio general de igualdad de trato, los extranjeros que se encuentren en situación regular o "regularizada" por virtud de una prestación de trabajo aún sin autorización administrativa previa, tendrán derecho a las prestaciones (contributivas y no contributivas en las mismas condiciones que los españoles).

2.8.3. La asistencia sanitaria

El derecho a la asistencia sanitaria lo contempla el artículo 12 de la Ley orgánica 4/2000, cuando dice:

"Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

"Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia cuando contraigan enfermedades graves o sufran accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad

de dicha atención hasta la situación de alta médica.

"Los extranjeros menores de 18 años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

"Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y posparto."

Además de lo expuesto, el artículo 1 del Real decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes, establece que se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes, entendiéndose por tales aquellos cuyas rentas de cualquier naturaleza sean iguales o inferiores en cómputo anual, al salario mínimo interprofesional, pudiendo superarse dicho límite, si el cociente entre las rentas anuales y el número de menores o incapacitados a su cargo fuera igual o menor a la mitad del salario mínimo interprofesional en cada momento.

Por las mismas razones de extensión en la protección de la Seguridad Social que establece el artículo 36.3, deberán incluirse los extranjeros sin autorización mientras presten servicios por cuenta ajena.

2.8.4. Sujeto protegido y beneficiario

Sujeto protegido es la persona comprendida en el campo de aplicación del sistema (el trabajador).

Beneficiario será la persona que recibe la prestación del sistema. Normalmente ambos conceptos coinciden en la misma persona, pero hay otros supuestos en los que pueden no coincidir y alguno en el que, necesariamente, no coincidirán, como es en los casos de prestaciones de viudedad y orfandad donde el sujeto protegido es el causante (se le protege frente al desamparo de su familia) y los beneficiarios son la viuda y los huérfanos menores.

Estos dos conceptos guardan una estrecha relación con el requisito de la residencia legal para recibir algunas de las prestaciones de la Seguridad Social. La residencia legal se impone a los sujetos protegidos pero no a los beneficiarios por derecho derivado. Como dice Manuel Moreno Puello, que une a su condición de letrado de la Administración de la Seguridad Social su título de profesor asociado de la Universidad del País Vasco, ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico exige la residencia legal del beneficiario de una pensión derivada de la muerte del sujeto causante, por lo que, si el artículo 14.1 de la Ley orgánica 4/2000 reconoce el acceso de los extranjeros a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles, y el artículo 36.3 no distingue entre extranjeros con autorización para trabajar y extranjeros sin autorización pero trabajando, debe producirse la equiparación de estos últimos a los derechos de los españoles.

2.8.5. Disfrute de las prestaciones y obligación de residencia

Por lo que se refiere a los supuestos en los que el sujeto protegido es a la vez beneficiario de la prestación, debe concurrir en él el requisito de la residencia legal. ¿En qué momento debe residir para ser beneficiario de la prestación? Es importante considerar los siguientes períodos:

a) Período de generación del derecho. Es el período de actividad laboral que determina las cotizaciones que debieran abonarse a la Seguridad Social y que dan lugar a completar los períodos de carencia que puedan resultar precisos para el acceso a la prestación de que se trate. Aquí lógicamente el beneficiario, también sujeto protegido, debe residir en territorio español, donde ejerce su trabajo.

b) Fecha del hecho causante, que está constituido por la actualización de la situación de necesidad protegida. Por regla general es obligada la situación de residencia en España, pero existen excepciones dependiendo del tipo de prestación a la que se pretenda acceder. Así, por ejemplo, la prestación por desempleo está condicionada a la residencia legal en el momento del hecho causante, como lo está la protección por incapacidad temporal, que además deberán continuar para poder hacer efectivas las obligaciones de atender a las llamadas de la oficina de empleo mientras está inscrito como demandante y, en el caso de subsidio de la IT, a la asistencia sanitaria y los partes de baja y confirmación.

Por el contrario, existen prestaciones como la de jubilación en la que se exige la residencia y situación de alta en el trabajo para el acceso a la modalidad de jubilación anticipada, pero no para la jubilación desde la situación de no-alta cuando concurren los requisitos legales de edad y cotización.

Lo dicho en este último párrafo es de aplicación a los extranjeros que hayan prestado servicios con cotización y demás requisitos exigidos para la jubilación, lo que supone la práctica imposibilidad de aplicación a los extranjeros que realizan trabajos sin autorización previa al tratarse de situaciones de irregularidad que no se prolongan en exceso en el tiempo, o al menos no tanto como para cubrir los quince años mínimos exigidos para acceder a la jubilación. ■

Las recientes reformas de la legislación local y su aplicación a las estructuras administrativas y de funcionamiento de las grandes ciudades: la gestión del cambio organizativo en el Ayuntamiento de Madrid¹

1. Las medidas de modernización de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre.
2. El gobierno de Madrid: proyecto de cambio o modernización.
3. La gestión del cambio: un nuevo modelo de organización administrativa.
 - 3.1. La primera fase del cambio organizativo. 3.1.1. La nueva organización del Ayuntamiento: aproximación al modelo departamental. 3.1.2. Creación del nivel directivo municipal: personal eventual directivo. 3.1.3. Redefinición de las competencias de los distritos. 3.2. La segunda fase del cambio: la aplicación de las medidas de modernización contenidas en la Ley 57/2003. 3.2.1. La entrada en vigor de la Ley 57/2003, de 26 de diciembre: la adaptación de las competencias. 3.2.2. Organización de la Administración ejecutiva del Ayuntamiento de Madrid. 3.2.2.1. La organización administrativa en la LRBRL: consideraciones generales. 3.2.2.2. El modelo organizativo del Ayuntamiento de Madrid tras la reforma de la LRBRL

Cayetano Prieto Romero
*Director general de Organización y Régimen
Jurídico del Ayuntamiento de Madrid*

1. Texto de mi intervención en las Jornadas sobre la Organización Municipal y la Participación Ciudadana, organizadas por la Fundación de

Servicios Públicos y la FEMP, celebradas en Madrid los días 19 y 20 de octubre de 2004.

1. Las medidas de modernización de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre

En primer lugar, quiero agradecer a la Federación Española de Municipios y Provincias y a la Fundación de Servicios Públicos la posibilidad que ofrece al Ayuntamiento de Madrid de participar en este foro, para expresar nuestras reflexiones sobre las recientes reformas de la legislación local y para compartir nuestra experiencia en la aplicación de las mismas.

Empezaré mi intervención formulando una pregunta referente a si las recientes reformas del régimen local y, en concreto, la efectuada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, referida a las grandes ciudades, han supuesto de verdad un cambio positivo para el Gobierno local. Y nuestra respuesta es afirmativa. Veamos.

La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno local, ha sido objeto de fuertes críticas, incluso algunas comunidades autónomas han formulado recursos de inconstitucionalidad contra la misma. Sin embargo, creo que esta Ley supone un avance importante en la racionalización y modernización del Gobierno de las grandes ciudades, creo que a partir de la entrada en vigor de la Ley 57/2003 los grandes municipios cuentan con un marco normativo más acorde con la realidad actual.

Podemos comparar la regulación anterior con la vigente para comprobar con cierta facilidad que ahora, con las reformas introducidas por esa Ley, resulta más fácil la toma de decisiones, la ejecución de políticas públicas, resulta más fácil también dotar a las grandes ciudades de una organización capacitada para afrontar los complejos retos que las mismas plantean a sus gobernantes, y esto, sin duda, tiene que ver con la modernización de las organizaciones públicas y supone en consecuencia un avance importante.

Esto es lo que pensamos en el Ayuntamiento de Madrid y también es lo que hemos podido contrastar con directivos de otras ciudades en los encuentros organizados por la FEMP, en los que hemos debatido detenidamente respecto de los beneficios de esta reforma del régimen local, aunque ciertamente también hemos debatido respecto de aquellos contenidos de la misma que nos han parecido a la mayoría cuestionables. Si esto es así, creo que la reforma merece una valoración positiva y, además, porque ha abierto la puerta a la

reforma completa del régimen local tan sentida y demandada por todos, en la que se podrán corregir los aspectos no resueltos o no resueltos correctamente por la Ley 57/2003.

De forma resumida podemos destacar ahora algunos contenidos de la Ley 57/2003 que nos parecen relevantes.

Efectivamente, esta Ley ha dado un paso decisivo hacia la concepción del Gobierno de las grandes ciudades como un auténtico Gobierno político. La naturaleza jurídico-política del Gobierno local en poco se diferencia del Gobierno del Estado o de las comunidades autónomas, pues los tres atienden al mismo fin, que es la satisfacción del interés general, los tres nacen de elecciones democráticas, los tres cuentan con legitimidad democrática, y en los tres casos del éxito o fracaso de su gestión depende su legitimidad institucional y material ante la ciudadanía. Esta concepción del Gobierno local no se plasma con todas sus consecuencias en esa Ley, pero sí contiene elementos importantes de la misma, y esto ya nos parece un avance, desde luego no suficiente, pero sí importante.

En segundo lugar, podemos destacar que la Ley 57/2003 ha roto el uniformismo tradicional en nuestro régimen local estableciendo un marco normativo singular para las grandes ciudades. Aspecto este del régimen local que constituye efectivamente uno de los temas centrales del debate político sobre la gobernabilidad; existen importantes estudios científicos y doctrinales sobre este asunto y existen experiencias concretas en otros países.² Sin embargo, ha sido la Ley 57/2003 la que ha permitido, de forma más o menos acertada, romper con el uniformismo del régimen contenido en la LRBRL. Ciertamente que se ha criticado que este uniformismo se mantiene para los municipios de gran población. Sin embargo, el nuevo marco jurídico para las grandes ciudades permite a éstas configurarse de forma distinta –y no todas del mismo modo, como se viene diciendo–, algo impensable hasta hace unos meses.

En tercer lugar, la Ley 57/2003 establece, respecto de la regulación anterior, una más clara separación entre los órganos de control y los ejecutivos, entre el nivel político y el administrativo, y permite a un ayuntamiento como el de Madrid dotarse de una organización similar a la existente en otras entidades públicas –por ejemplo, en las comunidades autónomas, algunas de las cuales gestionan un presupuesto inferior al de la ciudad de

2. Respecto de este tema ya se debatía en España cuando se aprobó la Ley especial de Madrid de 1963, en cuya exposición de motivos puede leerse, por ejemplo, lo siguiente:

“Los problemas que plantea una administración de los intereses generales de las grandes aglomeraciones urbanas constituyen hoy día una de las más graves preocupaciones de todos los estados.”

O también puede destacarse la afirmación referente a que el *uniformismo ha sido una de las características –injustificable en su persistencia– de nuestro moderno régimen local.*

Como documento más reciente puede verse el “Informe sobre las grandes ciudades y las áreas de influencia urbana”, elaborado por el Ministerio de Administraciones Públicas (2001).

Madrid, o incluso tienen también una población inferior.³

Y todo esto nos parece fundamental para la modernización del Gobierno local, para dotar a las grandes ciudades de mecanismos que faciliten la gestión de los intereses de la ciudad, que permitan un mejor Gobierno de las necesidades y demandas sociales.

De forma concreta, podemos resaltar que entre la regulación anterior y la actual existen importantes diferencias que permiten que el Gobierno de las grandes ciudades pueda desarrollarse de forma más eficiente. Pongamos algunos ejemplos de esto:

–Las funciones administrativas del Pleno se transfieren en su mayoría a la Junta de Gobierno. Esto supone, por un lado, que el Pleno se ve liberado de tareas que no le corresponden, que no son propias de un órgano de debate, de control político y, por otro lado, al atribuirse las mismas a un órgano ejecutivo, permiten su aplicación o ejercicio de forma más eficaz. En este sentido, la contratación administrativa, la gestión del patrimonio, la gestión de personal, la gestión del gasto, etc., se residen en la Junta de Gobierno, que es el órgano más adecuado para la gestión de este tipo de competencias, por lo que se permite una mayor agilidad en la toma de decisiones. Por otro lado, tenemos que considerar también que estas funciones son las herramientas básicas para la implementación de las políticas públicas, y que la eficacia en el desarrollo de esas funciones instrumentales inciden también en la eficacia en la ejecución de las políticas municipales.

–La medida anterior se complementa con otra, que nos parece fundamental, que es la que permite la delegación de esas competencias administrativas tanto en los concejales como en los órganos directivos.

En el marco de la LRBRL anterior a la reforma introducida por la Ley 57/2003, esas funciones sólo podían ser delegadas en los concejales, nunca a favor de otros órganos municipales, de manera que se producía una

concentración de las tareas políticas y de las administrativas en el nivel político, en los concejales, que aparte de desarrollar la función propia del cargo que es hacer política y relacionarse con la ciudadanía, tenían que asumir la carga de las tareas administrativas. De esta forma, todas las decisiones jurídicas tenían que ser adoptadas por los órganos políticos, es decir, desde la firma de los documentos de gasto, el visto bueno de las certificaciones, hasta la participación en tribunales de oposiciones o en las mesas de contratación. La reforma permite ahora que esas funciones, no todas, pero sí muchas de ellas, puedan ser delegadas también en los órganos directivos, descargando a los órganos políticos de las tareas administrativas.

Esta posibilidad de trasladar las competencias hacia abajo, hacia los concejales pero también hacia los órganos directivos, constituye una medida efectiva para agilizar la toma de decisiones y, en consecuencia, para agilizar y racionalizar el funcionamiento de los servicios.

–Además, esta reordenación de las competencias de los órganos políticos junto con la posibilidad de delegación, se complementa con otra medida de carácter organizativo que es la que permite al Ayuntamiento dotarse de un nivel directivo. Medida que tal como aparece contenida en el artículo 123.1.c) de la LRBRL puede ser discutible,⁴ pero que de entrada ofrece destacadas ventajas, porque la legislación anterior no permitía la existencia de este nivel directivo, y en organizaciones complejas como la del Ayuntamiento de Madrid nos parece fundamental. Todas las organizaciones relativamente grandes, tanto privadas como públicas, están dotadas de un nivel directivo, entendido como un nivel ocupado por profesionales que desarrollan funciones de dirección, de planificación, de control, de evaluación de los servicios, de formulación de propuestas de mejora, etc. Sin embargo, esto no era posible con la legislación anterior, que permitía la existencia de personal eventual directivo pero al que no se le podía atribuir

3. Madrid gestionará el próximo año un presupuesto superior a los 4.000 millones de euros, cuenta con una organización integrada por cerca de 21.000 trabajadores, gobierna una población de 3.100.000 habitantes y el PIB de Madrid para 2003 asciende a 83.951 millones de euros –cifra que sólo supera las comunidades autónomas de Cataluña, Madrid y Andalucía. En el conjunto de la Comunidad de Madrid, la capital representa el sesenta y cinco por ciento de su producción.

4. “Tal y como prevé el artículo 123.2 de la LRBRL, la aprobación de este reglamento orgánico requiere ser aprobado por mayoría absoluta del número legal de miembros del Pleno, lo que conlleva que cualquier modificación de tales decisiones organizativas exigirá la misma mayoría. Semejante previsión, en el caso concreto que nos ocupa, me parece que es una decisión normativa poco meditada, pues petrifica un espacio que por esencia debe ser flexible: la organización de la alta administración, que al fin y a la postre no es otra cosa que la determinación orgánico-estructural de las áreas en las que va a intervenir el municipio. La solución ideada por el legislador se me antoja más absurda todavía puesto que en el nivel central de Gobierno, así como en las comunidades autónomas, se ha resuelto de otro modo el problema, después, bien es cierto, de haber comenzado a plantearlo (al menos en la Administración del Estado) en los mismos términos. En efecto, tras con-

siderar inicialmente –de forma equivocada– que la creación, modificación y supresión de departamentos y áreas de intervención del Gobierno era una materia sometida a la reserva de ley, se tuvo que flexibilizar tal atribución a través de las leyes anuales de presupuestos estableciendo una suerte de ‘deslegalización’ a favor del presidente del Gobierno para regular tal materia. Así, sorprende sobremanera que después del *via crucis* normativo por el que ha atravesado este problema en la Administración del Estado, las soluciones que ofrezca el legislador sean tan rígidas para el espacio local, donde en la práctica se desapodera al Ejecutivo (en concreto al alcalde y a la Junta de Gobierno) de la definición de las grandes áreas de Gobierno y de la concreción de cuáles son los niveles que deben existir en la alta administración. No creo que el legislador tarde mucho en darse cuenta del error cometido, pero no deja de causar asombro que nadie haya reparado en la rigidez que el modelo diseña y en la hipoteca que ello puede suponer para un proceso de formación o de renovación del Gobierno local.” “Política y administración en la reforma del Gobierno local (un estudio sobre la forma de Gobierno y la alta administración en los ‘municipios de gran población’)”, JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Anuario del Gobierno Local 2003*, Institut de Dret Públic y Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2003, p. 72.

funciones propias, por lo que no servía para desconcentrar funciones o competencias.

En resumen, éstas son algunas de las razones por las que consideramos que la reforma operada por la Ley 57/2003 es positiva, porque habilita a las grandes ciudades a configurar un modelo de organización más capacitado para atender la complejidad de su Gobierno, porque en el fondo entre una organización como la del Ayuntamiento de Madrid y otras organizaciones públicas, como las de algunas comunidades autónomas, como se ha señalado antes, no existen muchas diferencias. Sin embargo, la organización municipal no estaba diseñada para atender demandas sociales, al menos, tan complejas como las que atienden esas otras organizaciones públicas.

Por todo esto, en el Ayuntamiento de Madrid hemos iniciado un proceso de cambio que pretende como objetivo final atender mejor y de forma más rápida las demandas de los ciudadanos. Proceso que no se agota con la reforma de las estructuras administrativas, sino que requiere de otras medidas: desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, racionalización de los procedimientos para la toma de decisiones, el empleo de nuevas formas de gestión de los servicios públicos, en fin, un proceso ambicioso de cambio que trata de conducirnos hacia una ciudad más avanzada en la calidad de su democracia, en el desarrollo de los procesos de participación ciudadana, en la calidad de los servicios públicos, y en última instancia en la calidad de vida y el bienestar de sus ciudadanos.

2. El Gobierno de Madrid: proyecto de cambio o modernización

El compromiso del actual alcalde de Madrid, contenido en su programa de Gobierno, es el de crear no sólo un nuevo modelo de ciudad sino también un nuevo modelo de gestión. Este modelo de gestión pública se sustenta sobre dos ejes fundamentales: la democracia participativa y la modernización de la Administración pública.

Se trata, por un lado, de desarrollar los procedimientos que hagan efectiva la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones, que permita, por otro lado, que Madrid sea un ámbito de democracia avanzada.

Vinculado a lo anterior, se pretende también la modernización de la organización municipal, es decir, de impulsar los cambios necesarios en el funcionamiento de las estructuras administrativas para conseguir unos servicios públicos de calidad, que redunden en la calidad de vida de las personas y garanticen la igualdad efectiva de todos los ciudadanos –sin duda, los servicios públicos son un instrumento fundamental para garantizar la igualdad de oportunidades de todos los vecinos.

Se trata de dotar al Ayuntamiento de Madrid de un modelo de organización que permita atender las cambiantes demandas ciudadanas y resolver los complejos problemas que se plantean en el ámbito de una gran ciudad como Madrid. En definitiva, se trata de ofrecer a los ciudadanos un ayuntamiento que dé respuestas a sus demandas, y que estas respuestas sean cada vez mejores y más rápidas.

La igualdad de oportunidades, la satisfacción de las demandas sociales, la mejora de la calidad de vida y de los servicios públicos son los objetivos fundamentales en el proceso de gestión del cambio en el Ayuntamiento de Madrid y, en concreto, en la gestión del cambio de la organización municipal.

Para conseguir estos objetivos se ha considerado prioritario incrementar la eficacia en el funcionamiento de la Administración municipal. Esta idea de la eficacia sigue siendo básica en el ámbito de lo público. Efectivamente, los servicios públicos deben satisfacer necesariamente las demandas sociales, siendo esta la razón principal que justifica la existencia del propio servicio público. Por ello hemos iniciado un conjunto de acciones para la reforma de la Administración municipal con el objetivo de conseguir una organización estructurada con criterios homogéneos, flexibles y diseñada en función de las demandas ciudadanas.

3. La gestión del cambio: un nuevo modelo de organización administrativa

3.1. La primera fase del cambio organizativo

Tras la celebración de las pasadas elecciones municipales en mayo de 2003, el 14 de junio, se celebró la sesión constitutiva de la nueva corporación municipal, y en esa misma fecha, por decreto del alcalde se estableció la organización de los servicios administrativos municipales, introduciendo una nueva estructuración del Ayuntamiento de Madrid como soporte esencial para el desarrollo de la acción de Gobierno.

Con anterioridad al nuevo modelo de organización administrativa establecido por el citado Decreto del alcalde de 14 de junio, la Administración municipal se estructuraba en cinco grandes ramas, al frente de las cuales se encontraba un teniente de alcalde y, cada una de estas ramas tenía su peculiar forma de organización, en la que tenían cabida las áreas, dirigidas por un concejal de área (8), y los servicios (4) al frente de los cuales había un concejal de servicios, sin que existiese una estructura jerárquica homogénea en todas las ramas, ni siquiera en la organización interna de cada una de ellas.

En este modelo organizativo, por ejemplo, la responsabilidad de la gestión recaía íntegramente en los concejales y el personal funcionario municipal, no existía un nivel directivo intermedio entre el nivel político y la

función pública,⁵ de modo que en una ciudad como Madrid al concejal le correspondía hacer política y la toma de decisiones administrativas.

3.1.1. La nueva organización del Ayuntamiento: aproximación al modelo departamental

A través del Decreto del alcalde de 14 de junio de 2003, se introdujeron una serie de cambios en la organización política y en la administrativa del Ayuntamiento de Madrid.

En primer lugar, cabe resaltar el papel destacado que el alcalde otorgó a la Comisión de Gobierno en la toma de decisiones políticas, es decir, aunque este órgano aparecía configurado en la LRBRL como un órgano de asistencia al alcalde sin competencias propias, en el Ayuntamiento de Madrid se convirtió en un órgano de decisión de las políticas municipales. Para esto, se delegaron en dicho órgano, tanto por el Pleno como por el alcalde, las competencias más relevantes de la gestión pública: el gasto público, la contratación administrativa, la gestión patrimonial, las operaciones financieras, etc., de manera que una parte de las decisiones más relevantes para el Gobierno de la ciudad se asignaron a la Comisión de Gobierno. En resumen, la Comisión de Gobierno se convirtió por esta vía en un órgano político fundamental en la toma de decisiones políticas, a semejanza de los órganos colegiados de Gobierno del Estado o de las comunidades autónomas. Con estas medidas se da el primer paso en el fortalecimiento de la Comisión como órgano de Gobierno, que después vendría a ser refrendado por la reforma de 2003.

En coherencia con lo anterior, la Comisión la componía el alcalde, al que le correspondía su presidencia, y todos los concejales con responsabilidades respecto de un área o ámbito de la gestión pública. A estos concejales se les denominó "concejales de Gobierno", para diferenciarlos de aquellos que no participaban de forma directa en el Gobierno de la ciudad.

Por otro lado, se creó también una comisión preparatoria de los asuntos que debían someterse a la decisión de la Comisión de Gobierno, a semejanza también del modelo estatal o autonómico. Esta Comisión la componían el vicealcalde, al que correspondía su presidencia, y los secretarios técnicos que se crearon en cada concejalía de Gobierno, como luego veremos. La función de este órgano era la de preparar los asuntos que debían someterse a la decisión de la Comisión y del Pleno, y la misma decidía respecto de los temas que podían o no elevarse al conocimiento de dichos órganos. Se trataba, por lo tanto, de un órgano más técnico que político al que correspondía decidir sobre la conveniencia o no de someter un asunto a la Junta o al Pleno.

En segundo lugar, se adoptaron otro conjunto de medidas dirigidas a la reorganización de la Administración municipal, tratándose de establecer un modelo organizativo similar al existente en otras organizaciones públicas, que es el modelo departamental-burocrático ordenado de acuerdo con el principio de jerarquía. En resumen, se trataba de simplificar la organización anterior, estableciendo un modelo de organización departamental, en el que la dirección de cada uno de los departamentos o áreas correspondía a un concejal de Gobierno miembro de la Junta de Gobierno –en el modelo anterior la dirección política de una materia podía corresponder a un teniente de alcalde, a un concejal de área y, en algunos casos, además, a un concejal de servicio.

A estos departamentos se les denominó concejalías de Gobierno (en el modelo organizativo anterior existían como hemos visto: ramas, áreas y servicios) y cada una de ellas aglutinaba una parte del conjunto de materias de la acción pública municipal.

Se contempló también la posibilidad de que en la estructura de determinadas concejalías de Gobierno se insertase otra concejalía como unidad especializada en un determinado sector de la acción pública de la competencia de aquella. Esto ocurrió cuando se estimó que ese sector de la acción pública tenía una relevancia destacada, complejidad o entidad suficiente para darle un rango organizativo singularizado respecto del resto de la organización de la Concejalía de Gobierno. Es el caso de la Concejalía Delegada de Personal –dependiente de la Concejalía de Gobierno de Hacienda y Administración Pública– y de la Concejalía Delegada de Vivienda –dependiente de la Concejalía de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructura–. En cierto modo, salvando las distancias, vendrían a ser unas unidades especializadas similares a las secretarías de Estado en el ámbito de un ministerio.

Siguiendo el mismo criterio, en el ámbito de la Vicealcaldía, se diferenciaron tres concejalías de coordinación especializadas por el ámbito de actuación de las mismas: coordinación institucional, coordinación territorial, y estudios y programas.

La titularidad de estas concejalías delegadas y de coordinación correspondía a un concejal, aunque los mismos no formaban parte de la Comisión de Gobierno.

En esta nueva estructura, las concejalías de Gobierno se configuraban como piezas clave de la organización y agrupaban las principales competencias de interés municipal: urbanismo, vivienda, infraestructuras, empleo, medio ambiente, hacienda, etc., y, a su vez, servían de base para conformar la dirección superior del Ayuntamiento de Madrid pues, como se ha señalado, la responsabilidad de

5. La opción del personal eventual directivo prevista en el artículo 175 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el

Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, no fue utilizada en el anterior mandato.

las mismas correspondía a un concejal de Gobierno.

De esta forma, se inició el proceso de aproximación al modelo departamental consolidado tanto en el Estado como en las comunidades autónomas, en el que se utilizan como elementos esenciales de la estructura administrativa los departamentos, en cuanto órganos a los que corresponde la gestión de competencias homogéneas.

La siguiente medida fue dirigida a precisar con la mayor claridad posible el ámbito de actuación que corresponde a cada una de las concejalías de Gobierno y a sus titulares.

En este punto, surgió el problema de que la atribución de competencias a los concejales y a sus departamentos sólo podía hacerse a través de la técnica de la delegación y sólo a favor de los concejales, de manera que todo el ámbito de la gestión administrativa había de corresponder por imperativo legal al concejal. Esto planteaba claramente un serio obstáculo para la racionalización y reorganización del Gobierno y de la Administración municipal, pues todas las competencias del orden que fueran, de mayor o menor relevancia –desde la firma de un contrato menor, la declaración de incompatibilidad a un funcionario, o la adquisición de bienes inmuebles, etc.– estaban atribuidas al Pleno y al alcalde, de manera que el ámbito de actuación de los concejales había de establecerse a través del mecanismo de la delegación de competencias, lo que obligaba sin duda a un esfuerzo enorme en la localización de las competencias y su atribución a cada uno de los concejales que correspondiese.

Para intentar racionalizar la atribución de esas competencias se utilizaron dos criterios. El primero, consistente en la atribución común a todos los concejales de aquellas competencias que pueden definirse como herramientas básicas para la ejecución de las políticas públicas específicas –dirección estratégica, planificación, coordinación, contratación, gestión del gasto, concesión de subvenciones, potestad sancionadora, etc.–. El segundo, por el que se concretaban las competencias específicas que correspondían a cada concejal en las distintas materias sobre las que se desarrolla la acción del Gobierno municipal –medio ambiente, seguridad, economía, turismo, etc.–. De esta forma, se posibilitó que cada concejal con responsabilidad de gobierno pudiera ejercer y desarrollar todas las acciones necesarias para garantizar la plena efectividad de las políticas públicas municipales en su respectivo ámbito de actuación.

Al vicescalde, como primer teniente de alcalde, le correspondía la titularidad de la Concejalía de Gobierno de la Vicealcaldía, que se configuró como órgano princi-

pal para la coordinación política general, institucional y territorial, desempeñaba un papel relevante y diferenciado del que corresponde a las restantes tenencias de Alcaldía –a las que en principio se atribuía la sustitución del alcalde por el orden asignado–. Para el desarrollo de estas competencias, la Vicealcaldía se estructuró, como se ha explicado antes, en tres concejalías de coordinación, a las que correspondían la dirección del ámbito competencial que tenían bajo su responsabilidad, sin perjuicio de la superior dirección que correspondía al vicescalde.

En general, estas funciones asignaban al vicescalde una posición destacada en el Gobierno de la ciudad como garante de la coordinación de las políticas públicas a desarrollar en el ámbito municipal, incluidos los distritos, sirviendo además de garantía de la unidad del Gobierno y de la gestión municipal.

3.1.2. Creación del nivel directivo municipal: personal eventual directivo

Como se indicó al referirnos a la organización del Ayuntamiento de Madrid existente antes del inicio de este proceso de cambio, la responsabilidad de la gestión recaía íntegramente en los concejales y en el personal funcionario municipal, sin que existiera un nivel directivo intermedio que permitiera atender con la debida eficacia la singular complejidad de una organización como la del Ayuntamiento de Madrid.

Por ello, al inicio del mandato se planteó la conveniencia de introducir en la organización municipal un nivel directivo como escalón intermedio entre el nivel político y el formado por la función pública ordinaria, que sirviera para canalizar las relaciones entre ese nivel político y el profesional, y para el desarrollo de otras funciones, como el impulso de la ejecución de las decisiones adoptadas por los órganos políticos, la planificación, coordinación de actividades, evaluación, propuestas de innovación y mejora, relaciones externas, etc. Con este nivel directivo se integraba en la organización un equipo de profesionales suficientemente capacitados que permitió reforzar la competencia del Ayuntamiento para dar respuestas ágiles y eficaces a las demandas de los ciudadanos. A cada uno de estos puestos directivos se les encomendó la dirección de distintos ámbitos de la gestión pública.⁶

Este nivel directivo se crea en cada una de las concejalías de Gobierno y en los distritos. En el primer caso, se establecieron dos tipos de puestos directivos:

–Las direcciones gerenciales, que al igual que las direcciones generales en un ministerio o consejería de una comunidad autónoma, vienen a constituir las unidades

6. La única posibilidad de articular ese nivel directivo se encontraba en el artículo 104 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y en el artículo 176 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, en el

que se habilitan a los ayuntamientos a crear puestos de trabajo de personal eventual directivo –por Acuerdo del Pleno en su sesión de 23 de junio de 2003, se aprobó la creación de una serie de puestos de personal eventual de carácter directivo en todas las concejalías de Gobierno y en los distritos.

básicas de organización de los mismos, asignándoseles las funciones directivas que se ha expuesto antes respecto de un ámbito de la gestión pública de la competencia de la Concejalía de Gobierno –presupuestos, patrimonio, política financiera, estadística, contratación, etc.–. Asimismo, en cada concejalía de Gobierno se creó un puesto directivo denominado Secretario Técnico al que se le asignó la dirección de los servicios comunes de la Concejalía, para la mejor utilización de los medios y recursos materiales, económicos y personales asignados a la misma.

–Asimismo, se crearon otro tipo de puestos directivos que se denominaron delegados, a los que se les encomendó la dirección y coordinación de las direcciones gerenciales en las que se estructuraba cada concejalía de Gobierno.

Con este esquema, se trasladó al ámbito de la organización del Ayuntamiento un modelo directivo similar al existente en otras administraciones públicas, aunque con diferencias sustanciales, pues, en esta primera fase, el nivel directivo no ejercía competencias propias, no podían ser configurados como órganos administrativos con competencias –por delegación–, sino como puestos directivos, con funciones de dirección, coordinación, planificación, etc., pero sin capacidad jurídica para poder resolver los asuntos de su ámbito, por la razón, como hemos apuntado, de que en el esquema vigente de la LRRL las competencias sólo podían ser delegadas en los concejales. En todo caso, este nivel directivo permitió dar un primer paso en el modelo que se consolidará más tarde con la aprobación de la Ley 57/2003 y con la aprobación de los reglamentos orgánicos del Ayuntamiento de Madrid, como se explicará más adelante, y sobre todo liberó en parte al concejal de tareas de gestión administrativa que se atribuyeron *de facto* a este nivel directivo.

3.1.3. Redefinición de las competencias de los distritos

Como se ha indicado, con la organización administrativa establecida en el Ayuntamiento de Madrid a partir de las pasadas elecciones de mayo de 2003, se inició un proceso de aproximación al modelo departamental, en el que las concejalías de Gobierno constituyen los elementos esenciales de la estructura administrativa, en cuanto órganos especializados en las materias que gestionan. Sin embargo, este modelo de organización “centralizado”, necesariamente debe complementarse con otros órganos que permitan una mayor proximidad a los

ciudadanos mediante la desconcentración de competencias. Este principio de organización desconcentrada habilita a trasladar el Gobierno de determinados asuntos municipales a los distritos, permitiendo a éstos la toma de decisiones y la gestión de determinadas actividades y servicios públicos.⁷ De esta forma, los distritos acercan el Gobierno a los ciudadanos y sirven de cauce para potenciar la participación de éstos en la gestión de los intereses públicos.

En el ámbito de la organización territorial o desconcentrada se desarrollaron dos acciones importantes: una, dirigida a la reordenación de las competencias delegadas en los distritos; y la segunda, dirigida a fortalecer la organización administrativa del distrito.

En resumen, con carácter previo al desarrollo de la desconcentración de competencias a favor de los distritos, se realizó un proceso de análisis de las competencias de éstos que nos permitiese decidir posteriormente respecto del rol o papel que queríamos que desempeñasen los distritos en el Gobierno de la ciudad. En principio, el criterio que consideramos conveniente desarrollar es el que contempla al distrito como centro de prestación de servicios al ciudadano, digamos que siendo el distrito la organización más cercana a la ciudadanía, es el que mejor puede conocer las demandas y necesidades sociales, y por esto es la parte de la organización del ayuntamiento más capacitada para la prestación de servicios. De este modo, las concejalías de Gobierno desarrollarían funciones de dirección política, planificación, coordinación, asistencia, los servicios de ámbito general, etc., y los distritos serían los encargados de llevar los servicios municipales a los ciudadanos. Esta es la idea fundamental con la que se está trabajando.

Para la consecución de estos objetivos, por Decreto del alcalde de 14 de junio de 2003 se inició la primera acción de reordenación de las competencias delegadas en las juntas municipales de distrito y en sus concejales presidentes.

Este proceso de desconcentración de competencias, fue acompañado de un proceso de reestructuración de los distritos, que vieron reforzada su organización de forma sustancial con la creación de la figura de los gerentes de distrito –personal eventual de carácter directivo–, como órgano de apoyo y asistencia al concejal presidente en la dirección y gestión de los servicios del distrito. Asimismo, se estableció un modelo organizativo común para todos los distritos, sin perjuicio de las particularidades que pudieran darse en determinados casos.⁸

7. La desconcentración es una realidad plenamente consolidada en el Ayuntamiento de Madrid, donde existen actualmente veintidós distritos dotados de órganos de gestión desconcentrada: las juntas municipales de distrito y los concejales presidentes.

8. Este nuevo modelo organizativo común fue consecuencia de una reorganización administrativa aprobada por el Pleno municipal que entró en vigor el 1 de enero de 2003. No obstante, con posterioridad ha sido establecida también por el Decreto del alcalde de 24 de junio de 2004, por el que se esta-

blece la organización y competencias de las juntas municipales de distrito, sus concejales presidentes y los gerentes de distrito. El apartado quinto de este Decreto establece que la estructura administrativa común dependiente del gerente de cada distrito está compuesta por la Secretaría del Distrito y, dependiendo de la misma, el Departamento Jurídico, el Departamento de Servicios Económicos, el Departamento de Servicios Técnicos, el Departamento de Servicios Sanitarios, Calidad y Consumo y el Departamento de Servicios a la Ciudadanía.

3.2. La segunda fase del cambio: la aplicación de las medidas de modernización contenidas en la Ley 57/2003

3.2.1. La entrada en vigor de la Ley 57/2003, de 26 de diciembre: la adaptación de las competencias

La reforma operada en el régimen local de las grandes ciudades ha incidido fundamentalmente en dos cuestiones: una, la organización de estos municipios; dos, las competencias de sus órganos de Gobierno. Así, los órganos de Gobierno del municipio siguen siendo los mismos: Pleno, alcalde y Junta de Gobierno; no obstante, se modifican sus funciones. El Pleno se viene a configurar como un verdadero órgano de debate de las grandes políticas locales que afectan al municipio y para la adopción de las decisiones estratégicas, trasladándose sus funciones ejecutivas o administrativas al alcalde y a la Junta de Gobierno. El alcalde es el principal órgano de dirección de la política, el Gobierno y la Administración municipal, y la Junta de Gobierno se configura como un órgano “fuerte” tomando las competencias ejecutivas y de gestión que antes correspondían al Pleno y al alcalde —una tercera parte de sus miembros pueden no ostentar la condición de concejal.

Estos cambios entraron en vigor el día uno de enero de 2004, de manera que la Comisión de Gobierno pasaba a denominarse Junta de Gobierno, e igualmente entraba en vigor desde esa fecha el nuevo reparto de competencias. Para hacer efectivos estos cambios el alcalde de Madrid adoptó los siguientes acuerdos:

—Decreto de 2 de enero de 2004, por el que se dictan instrucciones para la aplicación en el Ayuntamiento de Madrid de la Ley 57/2003.⁹

—Decreto de 2 de enero de 2004, por el que se establece la composición de la Junta de Gobierno Local, que se denomina Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid. Se atribuye la secretaría de la Junta al vicealcalde. Se mantiene la comisión preparatoria de los asuntos que vayan a elevarse al Pleno o la Junta de Gobierno.

—Decreto de 8 de enero de 2004, de delegación de competencias en la Junta de Gobierno, en el vicealcalde, concejales de Gobierno, concejales de Coordinación y concejales delegados, así como en las juntas municipales de distrito y en sus concejales presidentes.

9. Las instrucciones que establecía este Decreto eran las siguientes: “*Primera*: A partir del 1 de enero de 2004, de acuerdo con la disposición final tercera en relación con la disposición transitoria primera de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno local, son de aplicación las normas contenidas en esta Ley por las que se atribuyen competencias al Pleno, al alcalde y a la Junta de Gobierno Local. *Segunda*: Como consecuencia de lo dispuesto en la instrucción anterior, los procedimientos administrativos iniciados con anterioridad al 1 de enero de 2004, se resolverán a partir de esa fecha por el órgano que resulte competente de acuerdo con la Ley 7/1985, de 2 de abril, modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre. *Tercera*: La aplicación de los preceptos de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, que se refieran a la organización municipal, a la creación de nuevos órganos o puestos de trabajo, o a la modifica-

ción o reforma de los actualmente existentes, queda condicionada a la aprobación de las normas orgánicas que contengan las adaptaciones organizativas que sean necesarias, de conformidad con lo previsto en su disposición transitoria primera. *Cuarta*: De acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria quinta de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, el secretario general del Ayuntamiento de Madrid pasará a desempeñar el puesto de secretario general del Pleno una vez que se aprueben las normas orgánicas a las que dicho precepto hace referencia, correspondiéndole hasta ese momento todas las funciones que actualmente desarrolla en el ámbito del Pleno y de la Administración municipal, excepto la Secretaría de la Junta de Gobierno Local, respecto de la cual ejercerá las asignadas al órgano de apoyo, con objeto de permitir su inmediata constitución y funcionamiento.”

Además, la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid adoptó un acuerdo con fecha 8 de enero de 2004 de delegación de competencias en el vicealcalde y demás concejales con responsabilidades de Gobierno.

Con estas medidas, el Ayuntamiento de Madrid aplicaba las disposiciones de la Ley 57/2003 vigentes desde el uno de enero, de manera que cada órgano asumía las competencias que le atribuía dicha Ley y, a su vez, se acordaba la delegación de las mismas en los concejales.

La reforma de la LRBRL contempla la posibilidad de que el alcalde o la Junta de Gobierno deleguen sus competencias en los concejales o en los órganos directivos, si bien esta opción quedaba condicionada a la adaptación de la organización municipal a las prescripciones de esa Ley, y para esto la propia Ley otorgaba un plazo de seis meses que finalizaba el día 1 de julio de 2004 (disposición transitoria primera de la Ley 57/2003).

De esta forma, se iniciaron los trabajos de estudio para la elaboración de las normas orgánicas necesarias que permitieran la aplicación plena y efectiva de las disposiciones contenidas en la ley estatal, aprobándose en el mes de mayo el Reglamento orgánico del Pleno, el Reglamento orgánico del Gobierno y de la Administración, el Reglamento orgánico de participación ciudadana y la adaptación de los estatutos de los organismos autónomos.

3.2.2. Organización de la Administración ejecutiva del Ayuntamiento de Madrid

3.2.2.1. La organización administrativa en la LRBRL: consideraciones generales

Se va a hacer ahora una referencia sólo a los trabajos que se han realizado para la aprobación del Reglamento orgánico del Gobierno y de la Administración del Ayuntamiento de Madrid, y en concreto se analizará el nuevo modelo de organización administrativa que en el mismo se contiene.

Para empezar, hemos de recordar que respecto de la organización o administración ejecutiva, el artículo 123.1.c) de la Ley 7/1985 atribuye al Pleno la competencia para:

“La determinación de los niveles esenciales de la organización municipal, entendiendo por tales las grandes áreas de Gobierno, los coordinadores generales, dependientes directamente de los miembros de la Junta de Gobierno Local, con funciones de coordinación de las distintas direcciones generales u órganos similares integradas en la misma área de Gobierno, y de la gestión de los servicios comunes de éstas u otras funciones análogas y las direcciones generales u órganos similares que culminen la organización administrativa, sin perjuicio de las atribuciones del alcalde para determinar el número de cada uno de tales órganos y establecer niveles complementarios inferiores.”

En este precepto se apunta un modelo de organización respecto del cual la exposición de motivos de la Ley 57/2003 no dice nada, sólo indica que el título X contiene una clasificación de los órganos superiores municipales, que son el alcalde y los miembros de la Junta de Gobierno Local y los de carácter directivo. No aparece, por tanto, en esa Ley, una explicación de las reglas de la organización que propone para los municipios de gran población.

En la memoria que acompaña al Anteproyecto de Ley de medidas para la modernización del Gobierno local, tampoco se encuentran los fundamentos de este modelo de organización administrativa.

Respecto de esta cuestión, cabe destacar lo siguiente:

Por un lado, ese modelo de organización, constituido por grandes áreas de Gobierno, estructuradas en órganos directivos –coordinadores generales y direcciones generales–, no es imperativo, es decir, no es un modelo que tenga que aplicarse necesariamente en todos los municipios de gran población. Su aplicación requiere de una decisión del Pleno al respecto, de modo que también el Pleno puede optar por mantener el modelo organizativo anterior a esta Ley.

Por otro lado, la aplicación de esta nueva forma de organización ejecutiva requiere, como se ha apuntado, de la decisión del Pleno a través de una norma orgánica, pero además requiere también de la decisión del alcalde, al que corresponde *determinar el número de cada uno de tales órganos y establecer los niveles complementarios inferiores*.

La interpretación que se ha realizado en el Ayuntamiento de Madrid es la siguiente. El Pleno ha aprobado el Reglamento orgánico del Gobierno y de la Administración, en el que se define de forma general todo el sistema organizativo del Ayuntamiento, tanto los órganos superiores como los directivos, tanto los órganos imperativos como los órganos facultativos. Se ha definido en una norma general que viene a tener un contenido similar al que tiene la LOFAGE en el ámbito del Estado, o al que tiene la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, es decir, normas en las que se establece el marco de la organización administrativa de sus correspondientes administraciones.

No obstante, la regulación del ROGA debe entenderse sin perjuicio de las competencias que la propia LRBRL atribuye al alcalde para *establecer la organización y estructura de la Administración municipal ejecutiva* [artículo 124.4.k)], de modo que la definición y concreción del modelo organizativo previsto en el ROGA corresponde al alcalde. Se sigue en esto el mismo esquema que el previsto en el Estado –o en las comunidades autónomas–, en el que se atribuye al presidente del Gobierno y al Consejo de Ministros la adopción en cada caso el modelo organizativo que en desarrollo de las previsiones contenidas en la LOFAGE se requiera para la ejecución de su programa político.

De esta forma, el ROGA regula, con carácter general, las áreas de Gobierno, los órganos directivos, etc., sin perjuicio de la facultad del alcalde para determinar el número y denominación de esas áreas, así como para determinar los órganos directivos que deban configurar el nivel de dirección de las mismas. En este sentido el ROGA prevé que el alcalde concretará la organización de las áreas de Gobierno a través de los decretos de estructura, y esto se ha hecho a través de los decretos de organización, estructura y competencias de las áreas de Gobierno y de los distritos aprobados todos ellos el 24 de junio de 2004, completándose así el nuevo esquema organizativo de la Administración ejecutiva del Ayuntamiento de Madrid.

Con esto el Ayuntamiento tiene aprobada, desde el 24 de junio de 2004, la organización de cada área de Gobierno. Sin embargo, para su plena efectividad, para su entrada en vigor, todavía se ha tenido que abordar otro trámite importante que es el referente a la creación en la plantilla de personal de todos los puestos correspondientes a los órganos directivos previstos en los decretos de estructura. Y este expediente no es precisamente un expediente simple, sino que requiere de su aprobación inicial por el Pleno, información pública por quince días, y aprobación definitiva también por el Pleno, aprobación que finalmente se produjo el pasado día 21 de julio.

De este modo, se tiene la organización definida, los puestos directivos creados en la plantilla de personal, por lo que sólo quedaba pendiente el nombramiento de los titulares de los órganos directivos, que corresponde a la Junta de Gobierno a propuesta del titular del área de Gobierno correspondiente. Estos nombramientos se produjeron el 23 de julio.

3.2.2.2. El modelo organizativo del Ayuntamiento de Madrid tras la reforma de la LRBRL

El nuevo modelo de organización administrativa del Ayuntamiento de Madrid se asemeja bastante al consolidado en la Administración del Estado o en las comunidades autónomas.

Esta organización puede ser dividida en tres ámbitos: el central, el territorial y el institucional –organismos

públicos—. Un esquema análogo al del Estado, pero distinto, por ejemplo, al de la Comunidad de Madrid en el que no existen órganos territoriales, es decir, órganos cuyo ámbito de competencias sea inferior al de la propia comunidad autónoma.

La organización central del Ayuntamiento se estructura sobre la base de la división en departamentos, en órganos con competencias funcionalmente homogéneas cuya dirección corresponde a un miembro del Gobierno local, y se denominan áreas de Gobierno. Esta denominación ya viene apuntada en la propia LRBRL cuando en el artículo 123 se refiere a los niveles esenciales de la organización administrativa como las grandes áreas de Gobierno. Por otra parte, la titularidad de estas áreas debe corresponder a un miembro de la Junta de Gobierno que puede ser concejal o no. Por esto parecía poco acertado denominarlas concejalías de Gobierno, pues puede darse el caso, como efectivamente ocurre en el caso de Madrid, de que su titular no ostente la condición de concejal.¹⁰

El ROGA define además la estructura organizativa de las áreas de Gobierno estableciendo un nivel directivo y un nivel reservado a la función pública ordinaria. El nivel directivo está formado por los coordinadores generales, las secretarías generales técnicas y las direcciones generales y otros órganos asimilados. Los coordinadores generales dependen jerárquicamente de un miembro de la Junta de Gobierno, es decir, del titular de un área de Gobierno, por lo que ocupan una posición jerárquicamente superior a los demás órganos directivos. A los coordinadores corresponde también la gestión de los servicios comunes del área y, para esto, se ha introducido la figura del secretario general técnico que, con rango de coordinador general, es el órgano responsable de todos los servicios comunes del área. Por debajo de estos órganos directivos, la estructura administrativa del área se organiza en direcciones generales, a las que se atribuyen competencias de naturaleza homogé-

nea, y son a las que va a corresponder la dirección de determinados ámbitos de la gestión pública, sin perjuicio de la superior dirección que corresponde al concejal titular del área y, en su caso, a los coordinadores.

Por otro lado, se ha dotado a estos órganos directivos de competencias propias —a través de la técnica de la delegación—, es decir, los decretos de organización que el alcalde aprobó el 24 de junio, establecen, por un lado, la estructura administrativa de cada área de Gobierno y, por otro, la delegación en cada uno de estos órganos directivos las competencias necesarias a fin de dar sentido al nuevo modelo organizativo municipal. De nada serviría la existencia de órganos directivos si éstos no pueden asumir competencias jurídicas o de decisión; por otro lado, se trata además de descargar al nivel político —concejal/consejero delegado—, de las tareas de gestión administrativa.

Además, y como complemento de lo anterior la Junta de Gobierno ha delegado, mediante Acuerdo de 24 de junio de 2004, en los órganos directivos las competencias necesarias para reforzar las facultades de decisión de los mismos. Así, por ejemplo, podemos ver que se han delegado en los órganos directivos las competencias para contratar o aprobar el gasto hasta determinadas cuantías, para determinadas atribuciones sobre la gestión de personal y del patrimonio, licencias, potestad sancionadora, etc., y también las competencias para resolver los expedientes administrativos de su ámbito material de competencias.

Existen, por otra parte, otros órganos directivos de existencia obligatoria de acuerdo con la LRBRL que son la Asesoría Jurídica, el director de la Oficina de Apoyo al Concejal Secretario, el interventor general y el secretario general del Pleno.

Junto a ellos, el artículo 134.1 de la LRBRL se refiere a otros órganos a los que la Ley no ha dado carácter directivo, y que han sido regulados expresamente en el ROGA. Nos referimos al órgano de gestión presupuestaria,¹¹ al

10. "Las limitaciones que pesan sobre los miembros no electos de la Junta no ocultan el relevante papel que pueden estar llamados a desempeñar. Todos los miembros de la Junta, electos o no, pueden recibir atribuciones delegadas por el alcalde (artículo 124.5 de la LRBRL) o por la propia Junta de Gobierno Local (artículo 127.2 de la LRBRL) y cabe que de ellos dependan directamente uno o varios coordinadores generales [artículo 123.1.c) de la LRBRL]. Todos ellos compondrán un único y verdadero 'equipo de Gobierno' del alcalde. Los miembros no electos de la Junta, depositarios de la confianza del alcalde, pueden alcanzar un protagonismo en la gestión de los asuntos locales superior a la del resto de los concejales. Especialmente a la de aquellos concejales que, aun perteneciendo al mismo grupo que el alcalde, no hayan entrado en la Junta. La exposición de motivos de la ley afirma que la posibilidad de incorporar externos en la Junta de Gobierno Local 'viene así a reforzar el perfil ejecutivo de este órgano'. Se permite una configuración mixta. Configuración que, volviendo a las palabras de la exposición de motivos, 'resulta totalmente incardinable en el modelo legal europeo de Gobierno local, diseñado en sus aspectos esenciales en la Carta Europea de la Autonomía Local'. En concreto, en el artículo 3.2 de la citada Carta, según el cual las asambleas o consejos electivos locales 'pueden disponer de órga-

nos ejecutivos responsables ante ellos mismos'. Esta novedad, sin embargo, ha sido objeto de numerosas e incisivas críticas, unas discutiendo su conveniencia y otras poniendo en tela de juicio su constitucionalidad." GALÁN GALÁN, Alfredo, "El régimen especial de los municipios de gran población", *Anuario del Gobierno Local 2003*, Institut de Dret Públic y Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2003, p. 143.

11. El artículo 134.1 de la LRBRL establece la obligatoriedad de la existencia de un órgano que desarrolle las funciones de presupuestación. En cumplimiento de esta previsión legal el artículo 58 del ROGA establece que las funciones de presupuestación corresponden al titular del área competente en materia de Hacienda y, en su caso, a los órganos directivos dependientes del mismo a los que se atribuyan competencias en materia presupuestaria. En uso de esta habilitación legal, el concejal de Gobierno del Área de Hacienda y Administración Pública queda configurado como el órgano de gestión presupuestaria y como tal, ha delegado sus competencias en esta materia en los distintos órganos directivos existentes en su área (coordinador general de Hacienda, Dirección General de Presupuestos, Dirección General del Sector Público y Política Financiera y en la Agencia Tributaria de Madrid).

órgano de contabilidad,¹² al de tesorería¹³ y al de recaudación. No obstante, este último se ha integrado en el órgano de gestión tributaria al haberse hecho uso de la habilitación contenida en el artículo 135 de la LRBRL, mediante la creación del Organismo Autónomo Agencia Tributaria de Madrid.

La organización territorial viene constituida por los distritos, que la LRBRL define “como divisiones territoriales propias, dotadas de órganos de gestión desconcentrada, para impulsar y desarrollar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos municipales y su mejora, sin perjuicio de la unidad de Gobierno y gestión del municipio” –artículo 128.1–. En el caso de Madrid, esta organización ya existía¹⁴ y su regulación orgánica se encuentra actualmente en el Reglamento orgánico de los distritos de la ciudad de Madrid de 23 de diciembre de 2004. De esta regulación de los distritos podemos destacar ahora, de forma resumida, lo siguiente:

–Es la primera vez que el Ayuntamiento de Madrid aborda la regulación completa de los distritos.

–La importancia del distrito en la organización de los servicios de prestación directa al ciudadano, como los servicios sociales, culturales, técnicos, etc., por la proximidad, por ser el órgano municipal más cercano al ciudadano y a sus necesidades.

–La utilidad del distrito en el desarrollo de la participación ciudadana en el Gobierno municipal.

–El Gobierno del Distrito corresponde a la Junta Municipal, al concejal presidente –cuya designación corresponde al alcalde entre los miembros del Pleno del Ayuntamiento– y al gerente.

–La creación de la figura del gerente, que ostenta el rango o condición de órgano directivo de acuerdo con el ROGA, y que se configura como el órgano de dirección ejecutiva de la organización administrativa del distrito.

El tercer ámbito de la organización del Ayuntamiento de Madrid los constituyen los organismos públicos –organismos autónomos y entidades públi-

cas empresariales– y las sociedades municipales –sociedades anónimas o empresas mixtas–. Es decir, la denominada tradicionalmente *administración institucional o descentralizada*. En este ámbito, como es conocido, la LRBRL ha introducido también importantes cambios, actualizándose la regulación contenida en el Reglamento de servicios de las corporaciones locales.

La LRBRL otorgaba a los municipios de gran población un plazo de seis meses para adaptar los estatutos de sus organismos públicos al nuevo marco legal. Para el cumplimiento de esta previsión legal, en primer lugar, se definió, de acuerdo con la LRBRL, el marco jurídico general de estos organismos, ya que esta Ley establece este marco por remisión a la regulación contenida en la LOFAGE incorporando algunas especialidades de carácter básicamente organizativas.

Se ha incorporado al ROGA el régimen completo de estos organismos, que viene a constituir, por lo tanto, el marco general aplicable a los mismos. En segundo lugar, se han adaptado todos los estatutos de estos organismos a este nuevo marco. Para ello se ha elaborado un modelo tipo de estatutos adaptado a la nueva regulación del ROGA, y a partir de aquí cada organismo ha propuesto la aprobación de sus nuevos estatutos incorporando las particularidades correspondientes cuando ello ha sido necesario –Madrid Emprende, Agencia para el Empleo, Patronato de Turismo, Informática Ayuntamiento de Madrid, etcétera.

De esta forma, se ha cumplido con el plazo de los seis meses establecido por la LRBRL para adaptar las normas esenciales de la organización del Ayuntamiento de Madrid al nuevo marco jurídico contenido en el título X de la LRBRL. En resumen:

–Se ha dotado al Ayuntamiento de Madrid de un marco normativo propio en aplicación de las medidas de racionalización y modernización del Gobierno local introducidas por la Ley 57/2003.

–Se consigue, por primera vez, que el Ayuntamiento de Madrid cuente con esta regulación de carácter orgánico.

12. El artículo 58.4 del ROGA señala que la función de contabilidad se ejercerá por un órgano adscrito al área competente en materia de Hacienda, siendo su titular un funcionario con habilitación de carácter nacional. El Decreto del alcalde de organización, estructura y competencias del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública de 24 de junio de 2004 crea la Oficina de Contabilidad, con rango de subdirección general, quedando adscrita al coordinador general de Hacienda.

13. El artículo 60 del ROGA asigna las funciones de Tesorería al tesorero municipal. La Tesorería se adscribe al área competente en materia de Hacienda, dependiendo directamente de su titular o del director general con competencias en materia de política financiera. Actualmente, el Decreto del alcalde de 24 de junio de 2004, de organización, estructura y competencias del Área de Gobierno de Hacienda y de Administración Pública, adscribe la Tesorería, con rango de subdirección general, a la Dirección General de Sector Público y Política Financiera.

14. De la lectura del artículo 128 de la LRBRL se deduce la obligatoriedad de la existencia de los distritos: “En el marco del régimen común, el actual artículo 24.1 de la LRBRL permite a los municipios establecer órganos territo-

riales de gestión desconcentrada. El segundo apartado del mismo artículo se remite, en lo referente a los municipios de gran población, a lo establecido en el artículo 128. De la regulación contenida en este precepto nos interesa destacar, en primer término, el carácter imperativo empleado: ‘Los ayuntamientos deberán crear distritos, como divisiones territoriales propias, dotadas de órganos de gestión desconcentrada.’ Los distritos son, pues, en estos municipios de régimen especial, de existencia necesaria. Alguna discusión suscitó, durante la tramitación parlamentaria, la organización del distrito. Según el texto definitivamente aprobado, corresponde al Pleno municipal la creación de los distritos y su regulación. Conviene recordar, en este punto, que la regulación de los distritos constituye uno de los contenidos reservados a la nueva categoría de los ‘reglamentos de naturaleza orgánica’ [artículo 123.1.c) de la LRBRL]. La presidencia del distrito corresponderá en todo caso a un concejal, constituyendo una competencia indelegable del alcalde su nombramiento y cese [artículos 124.4.e), 124.5 y 128.3 de la LRBRL].” GALÁN GALÁN, Alfredo, “El régimen especial de los municipios de gran población”, *Anuario del Gobierno Local 2003*, Institut de Dret Públic y Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2003, p. 168.

–Se define un modelo de organización administrativa más claro y simplificado. Se establece el nivel directivo municipal al que se atribuye a través de la técnica de la delegación todas las competencias de carácter administrativo, quedando reservadas al concejal las de alcance político, las de mayor incidencia en el gasto público, las relaciones con otras administraciones públicas, la dirección, la planificación y el control.

–Se ha dotado a cada área de Gobierno de una estructura homogénea. Por un lado, se establecen los órganos directivos y se concretan sus competencias y, por otro lado, se determina la organización de las mismas que queda reservada a la función pública ordinaria (subdirecciones generales, servicios, departamentos y las unidades inferiores que se creen a través de la relación de puestos de trabajo)

–Se ha realizado una regulación homogénea y sistemática de los distritos.

–Se lleva a cabo una adaptación de los estatutos de los organismos autónomos.

–En todo caso, no se agota aquí el proceso de cambio y de modernización del Ayuntamiento de Madrid, ya que se han desarrollado otros proyectos que también inciden en el ámbito de la organización como la creación de la Empresa pública Madrid Calle 30, la Empresa pública Madrid Arte y Cultura, la creación del Tribunal Económico-Administrativo de Madrid, de la Agencia Tributaria de Madrid, del Organismo Autónomo Madrid Salud, la Fundación Madrid 2012, la implantación de un sistema integrado de información gestión económico-financiera y de recursos humanos en plataforma ERC (Enterprise Resource Planning), etcétera.

En conclusión, con estos y otros proyectos que se encuentran en fase de estudio, se ha iniciado un ambicioso proceso de modernización del Ayuntamiento de Madrid, cuyo objetivo último es hacer de Madrid una ciudad que atiende con eficacia las demandas sociales, que garantiza la calidad de sus servicios públicos y el bienestar de los ciudadanos que la habitan. ■

Las cuotas de urbanización: elementos subjetivos y objetivos. Especial referencia al Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña

1. Introducción.
2. Elementos subjetivos.
 - 2.1. Los sujetos activos.
 - 2.2. Los sujetos obligados al pago.
 - 2.3. El Ayuntamiento y la obligación de contribuir por las cesiones de aprovechamiento urbanístico.
3. Elementos objetivos.
 - 3.1. La ejecución urbanística.
 - 3.2. Los costes de urbanización.
 - 3.2.1. Gastos de urbanización.
 - 3.2.1.1. Obras de vialidad.
 - 3.2.1.2. Obras de saneamiento.
 - 3.2.1.3. Obras de suministro de agua.
 - 3.2.1.4. Obras de suministro de energía eléctrica.
 - 3.2.1.5. Arbolado y jardinería.
 - 3.2.2. Indemnizaciones.
 - 3.2.3. Redacción y tramitación de los planes parciales y proyectos de urbanización.
 - 3.2.4. Costes de gestión.
4. Conclusiones.

Margarita Cuscó Turell
Técnica de Administración General.
Asesora jurídica

1. Introducción

La acción urbanística es una actividad pública que genera a los propietarios del suelo importantes plusvalías que deben retornar a la comunidad, aunque sólo sea parcialmente. Recuperación a favor de la ciudad que se realizará en base a un modelo, legalmente establecido, amparado en los principios generales de:

1. Participación pública en el planeamiento y en la gestión.¹
2. Afectación de las plusvalías al pago de los gastos de la urbanización.
3. Distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento.

La Constitución española proclama la obligación de los poderes públicos de promover la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (artículo 9.2 de la CE).

Los artículos 4.2 y 6 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones (en adelante LRSV),² reconocen expresamente este principio en la necesidad de garantizar la participación pública en el planeamiento y de suscitar la participación privada en la gestión pública a través de la acción urbanizadora.

Sin embargo, al ser las materias de ordenación urbana de orden público y constituir la urbanización del suelo una de las funciones asignadas constitucionalmente a los entes públicos,³ resulta congruente con lo anterior el hecho de que el artículo 4.1 de la LRSV reserve a estos últimos “la dirección del proceso” aunque, “sin perjuicio de respetar la iniciativa” de los particulares. Este aspecto ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 164/2001, de 11 de julio, considerando que el “artículo 4.1 no atribuye necesariamente a los propietarios la iniciativa urbanística; menos aún excluye a otros agentes económicos de las labores de transformación del suelo. La ‘iniciativa’ de los propietarios a que se refiere este artículo se reconoce en el marco de la “acción urbanística de los entes públicos”.

La normativa autonómica catalana refuerza esta obligación de garantizar la participación con la necesidad de fomentar los derechos de iniciativa, información y participación de la ciudadanía en los procesos urbanísticos

de planeamiento y gestión. Con este objetivo, el Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña (en adelante TRLUC) propugna⁴ la necesidad de aplicar un programa de participación ciudadana en los procesos de formulación y tramitación de los planes de ordenación urbanística municipal⁵ y permite que los ayuntamientos constituyan consejos asesores urbanísticos locales, de carácter informativo y deliberativo.⁶ Y, finalmente, sujeta el contenido de las figuras de planeamiento y de los instrumentos de gestión al principio de publicidad.

El segundo principio de afectación de las plusvalías se concreta, por el artículo 4.1 de la LRSV, en la obligación de los propietarios “de contribuir, en los términos establecidos en las leyes, a la acción urbanística de los entes públicos”. De este modo, las plusvalías generadas por la ejecución del planeamiento retornan a la comunidad y el aumento de valor del suelo debido al planeamiento queda sujeto al pago de los gastos de urbanización.⁷ Manuel Ballbé⁸ define este proceso con las palabras siguientes: “La Ley parte de una base, y es que el solar vale más que el terreno rústico y que la diferencia de valor está causada precisamente por el hecho de la urbanización. La urbanización, las obras de urbanización son precisamente las que causan el aumento del valor del terreno. Es lógico, por tanto, que este aumento, esta diferencia de valor del terreno rústico al solar sea aplicada ante todo y sobre todo a pagar la urbanización.”

Incorpora, así, el mandato contenido en el artículo 47 de la CE que ordena la participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos. Precepto que, según el Tribunal Constitucional, “no atribuye competencias sino que fija un objetivo común para los distintos entes públicos. Por ello, tanto el Estado como las comunidades autónomas deberán, en el marco de sus competencias, procurar la participación de la comunidad en aquellas plusvalías urbanísticas”⁹.

La participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas es obligatoria e irrenunciable para los poderes públicos, puesto que el artículo 47 de la CE constituye un mandato constitucional inexcusable.

Finalmente, uno de los principios esenciales que ha informado y conformado el ordenamiento urbanístico

1. El Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2000, 17 de junio de 1998 y 30 de septiembre de 1991 se pronuncia a favor de la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales con empresas privadas en el marco de una economía de mercado, siempre que esta concurrencia se efectúe en condiciones de igualdad, sin privilegios, sin que estas empresas de capital público puedan gozar de ninguna forma de posición dominante, consecuencia lógica de la incorporación de España al Tratado de Roma, que impide una situación de privilegio.

2. Supletoriamente, también, el artículo 4 del Real decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana.

3. Artículos 45.2 y 47 de la CE.

4. La Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, y el Decreto

287/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento parcial de la misma, incorporan la aplicación de un programa de participación ciudadana y la creación de consejos asesores.

5. Artículo 59.3.a) y disposición final séptima del TRLUC.

6. Artículo 8.1 del TRLUC.

7. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 4 del Real decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana.

8. Ballbé, M., “Comentarios sobre la LS”, en *Jornadas Municipalistas en las Islas Canarias*, Las Palmas, 1957, p. 10-11.

9. Sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997, fundamentos 6.a) y 17.c), y 164/2001, de 11 de julio.

español en los últimos decenios es el de la justa distribución de beneficios y cargas derivados del planeamiento. El principio de distribución equitativa de beneficios y cargas en el reparto de los gastos que han de abonar los propietarios afectados debe aplicarse para garantizar la igualdad de todos los propietarios en la carga urbanizadora.¹⁰

El principio de equidistribución, aplicación concreta del principio de igualdad ante la ley, es el instrumento para paliar las desigualdades que irremediamente produce el planeamiento.

En el fundamento 10 de la Sentencia 164/2001, de 11 de julio, el Tribunal Constitucional deja claro que la normativa “no impone un modelo concreto de equidistribución”, sino que será a cada comunidad autónoma a quien le corresponda precisar, “a través de las técnicas urbanísticas oportunas, qué concreto criterio proporcional debe regir en su ámbito territorial, con lo que en todo caso queda preservada la integridad de la competencia urbanística autonómica”.

Empero el principio de equidistribución previsto en la ley y en el plan se cumple en la ejecución y gestión del urbanismo a través de los sistemas de actuación urbanística. Los sistemas de actuación urbanística son, por ello, las distintas formas, en *numerus clausus*, dentro de cada ordenamiento autonómico, de ejecutar un plan de forma integrada. Siguiendo a Lliset Borrell,¹¹ las diferencias entre los sistemas de actuación radican en la forma en la que interaccionan los diversos elementos que intervienen en la ejecución de los planes: los elementos personales (Administración pública, propietarios y empresas urbanizadoras), los elementos reales (fincas a urbanizar y, en su caso, reparcelar) y los elementos formales o jurídicos (expropiación, equidistribución, concesión, etcétera).

La Ley catalana¹² regula dos sistemas de actuación urbanística:

- La reparcelación.
- La expropiación.

El sistema de reparcelación incluye las modalidades siguientes:

- De compensación básica.
- De compensación por concertación.
- De cooperación.

10. Artículo 5 de la LRSV y artículo 7 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña (en adelante TRLUC).

11. LLISET BORRELL, F., *Comentarios al Reglamento de gestión urbanística*, El Consultor, Madrid, 1980.

12. Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña.

13. Artículo 116.3 del TRLUC.

14. CUSCÓ TURELL, M., “La sujeción de las cuotas de urbanización al impuesto sobre el valor añadido (IVA): peculiaridades”, publicado en la revista *Tributos Locales*, número 56.

15. A nivel autonómico, el apartado 1 del artículo 110 del TRLUC establece: “La ejecución urbanística es el conjunto de procedimientos establecidos por

–Por sectores de urbanización prioritaria.

En las modalidades del sistema de actuación por reparcelación, los propietarios tienen la obligación de abonar los gastos de urbanización y la Administración urbanística competente puede exigir el pago de las cuotas de urbanización por vía de apremio, a propuesta de la Administración actuante o de la junta de compensación correspondiente.¹³

Pues bien, estos son, en síntesis, los principios generales a los que debe sujetarse la actividad urbanizadora y por ende su financiación mediante cuotas de urbanización.

A continuación, para el análisis de los aspectos concretos que aquí nos proponemos en relación con las cuotas de urbanización y en consonancia con su naturaleza mixta,¹⁴ de ingreso tributario, exacción parafiscal y carga urbanística, seguiremos en lo posible, como línea de investigación, la estructura de los tributos analizando cada uno de los elementos (objetivos y subjetivos) que pueden diferenciarse en la configuración legal y reglamentaria de las cuotas de urbanización.

2. Elementos subjetivos

2.1. Los sujetos activos

En las vigentes legislaciones autonómicas sobre urbanismo, los sujetos activos de la actividad urbanizadora pueden ser de dos grupos, los particulares propietarios de terrenos a través de las entidades urbanísticas colaboradoras y la Administración actuante. Tal es el caso de Cataluña. El artículo 110.5 del TRLUC en referencia a la atribución de competencias en cuanto a la ejecución del planeamiento, dispone:

“La Administración de la Generalitat, los entes locales y las entidades urbanísticas especiales, en sus respectivas esferas de actuación y en el ejercicio de sus competencias, participan en el proceso de ejecución de los planes urbanísticos; las personas particulares participan bajo las diversas modalidades reguladas por esta Ley.”

Sin embargo, la ejecución del planeamiento es una función básicamente municipal¹⁵ que forma parte de las competencias asignadas a los municipios por la legislación de régimen local¹⁶ (ordenación, gestión, ejecución

esta ley para la transformación del uso del suelo y especialmente para su urbanización, de acuerdo con el planeamiento urbanístico y respetando el régimen urbanístico aplicable a cada clase de suelo. La edificación de los solares resultantes de las actuaciones de ejecución, tanto integradas como aisladas, también es parte integrante de la gestión urbanística, y constituye la fase de culminación del proceso, sin perjuicio de los deberes de conservación de los edificios y, de acuerdo con lo que establece el artículo 42.1, de los deberes de rehabilitación.”

16. Artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y en Cataluña, también, el artículo 66.3.d) del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de régimen local de Cataluña.

y disciplina urbanísticas) y que se encuadra en el marco de la legislación autonómica y los planes de urbanismo. Como expresa Abel Fabre¹⁷ con esta atribución de competencias “el municipio recobra, potencialmente, el protagonismo que le corresponde en cuanto a la ordenación de la ciudad. No obstante, en la práctica, las referidas funciones urbanísticas se ven muy cercenadas por la concurrencia de las competencias de otros organismos que condicionan la actuación municipal.”

Lliset Borrell,¹⁸ después de afirmar que “los sujetos administrativos del urbanismo por antonomasia son los ayuntamientos, que gozan de una competencia residual en la materia, según nuestra tradición legislativa”, destaca que “esta competencia residual no es, sin embargo, absoluta”.

De hecho el artículo 14.2 del TRLUC limita la competencia urbanística de los ayuntamientos a “las facultades de naturaleza local” y “que no hayan sido expresamente atribuidas por esta Ley a otros organismos”. En los supuestos en los que la Ley no concrete si una “facultad” es local o extralocal, deberán aplicarse los principios de proporcionalidad y subsidiariedad tal como preceptúa el citado artículo 14.2 del TRLUC. La aplicación de estos principios, según Lliset Borrell,¹⁹ atenderá al siguiente planteamiento: “tanta competencia municipal como sea posible y tanta competencia de la Generalitat como sea necesaria.”

De todo ello, podemos deducir que el sujeto activo por excelencia de las cuotas de urbanización es el municipio que tiene atribuidas competencias en materia de ejecución urbanística, sin perjuicio de que la Administración autonómica pase a ser la Administración actuante en la ejecución del planeamiento por subrogación (artículo 15 del TRLUC), supuesto este que convertirá a esta Administración en sujeto activo de las cuotas de urbanización.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la condición de Administración actuante puede recaer tanto en los ayuntamientos, como en las entidades urbanísticas especiales, que en Cataluña se concretan en el Institut Català del Sòl, en los consorcios urbanísticos,²⁰ en las mancomunidades en materia urbanística, las entidades públicas empresariales locales y las sociedades de capital íntegramente público de carácter local.²¹

En consecuencia, las entidades urbanísticas especiales, si operan en calidad de administración actuante, pueden formular cualquier figura del planeamiento

urbanístico y formular, tramitar y aprobar definitivamente los instrumentos de gestión correspondientes (artículo 23.2 del TRLUC).

Sin embargo, la atribución realizada a las sociedades de capital íntegramente público local que son entes instrumentales de las corporaciones locales, ha sido matizada por el apartado 3 del artículo 23 del TRLUC al señalar “la condición de administración actuante, acordada por el ayuntamiento, de las sociedades de capital íntegramente público local que sean entidades urbanísticas especiales, no obstante lo establecido por el apartado 2, no comporta la cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio y es responsabilidad del órgano competente del ente local dictar los actos o las resoluciones de carácter juridico-administrativo que den soporte a la actividad material y técnica objeto de la encomienda o en los cuales se integre dicha actividad”.

Este mismo tratamiento debería otorgarse a las entidades públicas empresariales locales, a los organismos autónomos y a las gerencias urbanísticas, por cuanto todos ellos son entes instrumentales que los ayuntamientos pueden constituir como formas de gestión.

Lliset Borrell²² considera que sobra la alusión como entidades urbanísticas especiales a las sociedades privadas municipales y a las entidades públicas empresariales locales y comenta:

“No tiene ningún sentido hablar de entidades urbanísticas especiales si no han de tener la condición de Administración actuante con funciones de planeamiento y de gestión urbanística. Pero una vez más se pone de manifiesto el contrasentido de atribuir a una sociedad privada, que se rige por el Derecho privado, la condición de Administración actuante ya que esta condición deberá tenerla exclusivamente el ayuntamiento del cual dependa como ente instrumental.”

2.2. Los sujetos obligados al pago

Los propietarios de los terrenos afectados por una actuación urbanística están obligados a sufragar los costes de la urbanización.²³ Son los sujetos pasivos de las cuotas de urbanización.

Se considerará propietario al que conste con tal carácter en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, a quien aparezca como tal en los registros fiscales o así se desprenda de otros documentos o pruebas.

17. ABEL FABRE, J., *El sistema de compensación urbanística*, Bosch, 3ª edición, 2003, Barcelona, p. 25.

18. LLISSET BORRELL, F., *Comentaris a la Llei d'urbanisme de Catalunya*, Bayer Hnos., SA, Barcelona, 2ª edición, p. 97.

19. LLISSET BORRELL, F., *Comentaris a la Llei d'urbanisme de Catalunya*, Bayer Hnos., SA, Barcelona, 2ª edición, p. 97.

20. Los consorcios urbanísticos se formarán mayoritariamente por la Administración de la Generalitat de Cataluña, uno o más ayuntamientos, y una

o más comarcas, aunque es también posible la intervención de la Diputación. 21. Artículo 23 del TRLUC.

22. LLISSET BORRELL, F., *Comentaris a la Llei d'urbanisme de Catalunya*, Bayer Hnos., SA, Barcelona, 2ª edición, p. 101.

23. Artículos 42 y 44 del TRLUC en relación con el artículo 58 del Real decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de gestión urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana.

En caso de enajenación o transmisión de fincas, el adquirente quedará subrogado en las obligaciones del anterior propietario²⁴ de acuerdo con el principio de subrogación real establecido por los artículos 21 de la LRSV y 28 del Real decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de gestión urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana (en adelante RGU). El artículo 21.1 de la LRSV es taxativo en este aspecto:

“La transmisión de fincas no modificará la situación de las mismas respecto de los deberes establecidos por la legislación urbanística aplicable o exigibles por actos de ejecución derivados de la misma. El nuevo titular quedará subrogado en el lugar y puesto del antiguo propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, así como en los compromisos que éste hubiera acordado con la Administración urbanística competente y hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales compromisos se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real.”

En consecuencia, el nuevo propietario se subroga en los derechos y deberes urbanísticos del propietario anterior y, en su caso, quedará incorporado a la Junta de Compensación o asociación administrativa de propietarios a partir del momento de la transmisión.

2.3. El Ayuntamiento y la obligación de contribuir por las cesiones de aprovechamiento urbanístico

El ayuntamiento debe contribuir al pago de las cuotas urbanísticas en la proporción correspondiente a las cesiones de aprovechamiento urbanístico recibidas. Posicionamiento que fue objeto de jurisprudencia contradictoria hasta que, resolviendo un recurso extraordinario de revisión, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de enero de 1988, entendió que la cesión obligatoria y gratuita del aprovechamiento medio se origina antes de ejecutar la urbanización, cualquiera que sea el sistema de ejecución elegido, con lo que la Administración deviene propietaria y viene obligada a participar proporcionalmente en los gastos de urbanización en idéntica forma a la que corresponda a los demás propietarios implicados. Doctrina aplicada posteriormente de forma unánime en las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2000, 2 de marzo de 2000 y 22 de octubre de 1997, y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 de marzo de 2000, entre otras.

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 46 del TRLUC siguiendo, asimismo, lo establecido en la anterior normativa urbanística catalana.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia de 14 de octubre de 2003, expresa que desde que el ayuntamiento adquiere el diez por ciento del aprovechamiento medio, adquiere solares “aprovechables” y susceptibles de ser edificados o transmitidos para la edificabilidad privada, de modo que la Administración se coloca en una situación equivalente a la de cualquier otro propietario, por lo que no existe razón alguna para que se le exima de costear la urbanización. En consecuencia, el ayuntamiento debe participar en el coste de la urbanización y, por tanto, viene obligado al pago del importe correspondiente en cumplimiento de una obligación constitutiva de una carga real *ob rem* que se impone a quien quiera que sea el titular de los terrenos, sin que pueda admitirse ninguna exención que no esté expresamente determinada en un precepto legal.

Sirva de ejemplo la exoneración a la Administración, por parte del artículo 46.1 del TRLUC, de participar en las cargas urbanísticas. Se trata del suelo que esté reservado expresamente y conste debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad para atender necesidades de vivienda, mediante la promoción pública de viviendas en régimen de alquiler o de cesión temporal de uso y siempre que, en este caso, la Administración mantenga la titularidad dominical del suelo a lo largo de un período mínimo de treinta años. Cuando la reserva de terrenos para viviendas sea sólo parcial, la participación de la Administración actuante en las cargas de urbanización será proporcional al porcentaje de suelo no reservado.

Por lo que se refiere a la cuantificación de la participación de la Administración, a partir de la nueva redacción de los artículos 14.2.c) y 18.4 de la LRSV, deberá estarse a lo que dispongan las correspondientes normativas autonómicas en relación con los coeficientes de cesión obligatoria, que en ningún caso podrán sobrepasar el diez por ciento. Sin embargo, considera Abel Fabre²⁵ que “la facultad que se otorga en ambos artículos de reducir la participación de la Administración actuante en las cargas de urbanización que corresponda a dicho suelo, debe interpretarse en una concepción global del artículo en el que se halla inserto. No cabe pensar en que la participación en los costes pudiese llegar a ser distinta del coeficiente que se percibe como participación del aprovechamiento medio. No obstante la redacción no parece muy afortunada y ha dado lugar a que alguna comunidad autónoma establezca en su legislación urbanística un tratamiento diferente entre el coeficiente de participación de cesión obligatoria a favor de la Administración actuante con el que ésta deba contribuir a sufragar las cargas de urbanización”.

24. En Cataluña, por expresa indicación del artículo 38.2 del TRLUC.

25. Abel FABRE, J., *El sistema de compensación urbanística*, Bosch, 3ª edición, 2003, Barcelona, p. 400.

3. Elementos objetivos

3.1. La ejecución urbanística

La actividad de la Administración consiste en ejecutar el planeamiento, lo cual significa llevar a la práctica las determinaciones de los planes, es decir, urbanizar, construir los viales e implantar los equipamientos colectivos previstos. El deber de urbanizar constituye la segunda fase conocida como de ejecución o gestión urbanística del territorio, cuya efectividad requiere la existencia previa de un instrumento de planeamiento y de la delimitación de un polígono de actuación.

El planeamiento delimita el polígono o polígonos de cada sector y fija el sistema de ejecución según el cual deberá procederse al reparto de cargas y beneficios derivados de la ordenación urbanística. Lógicamente este proceso entrañará, también, el análisis de los costes de urbanización susceptibles de ser financiados mediante cuotas de urbanización.

3.2. Los costes de urbanización

Las cuotas de urbanización sirven para financiar la actividad urbanizadora. Por ello, terminada la obra urbanizadora, se giran las liquidaciones de las cuotas de urbanización definitivas a los propietarios afectados. La base imponible de las cuotas de urbanización está formada tanto por la ejecución material de las obras como por los gastos que sean necesarios para su ejecución. Se fijan, inicialmente, con arreglo al presupuesto de las obras y a la estimación de los gastos y definitivamente en base a su importe efectivo.

A diferencia de las contribuciones especiales, que sólo pueden alcanzar hasta el 90 por ciento del coste soportado de las obras, las cuotas de urbanización deben llegar al cien por cien, es decir, pueden exigirse cuotas de urbanización a los propietarios afectados por la obra de urbanización hasta cubrir su importe total.

En Cataluña las cuotas de urbanización comprenden los gastos de urbanización (las obras), las indemnizaciones que derivan de la urbanización (derribos, destrucción de plantaciones, obras e instalaciones, extinción de derechos reales o personales), los costes de redacción y tramitación de anteproyectos, planes parciales urbanísticos, planes de mejora urbana, proyectos de urbanización y de los instrumentos de gestión urbanística, los gastos notariales y del Registro de la Propiedad, los gastos de gestión y los gastos derivados del derecho al realojamiento.²⁶ Costes que deberán ser debidamente justificados bajo los principios de proporcionalidad y no enriquecimiento injusto establecidos por el artículo 114.1.f) del TRLUC.

En consecuencia, las partidas que pueden integrar la base imponible de las cuotas de urbanización son:

1. Los gastos de urbanización.
2. Las indemnizaciones.
3. La redacción y tramitación de planes y proyectos.
4. Los costes de gestión.
5. Los gastos derivados de la aplicación del derecho de realojamiento.

Supletoriamente, el artículo 122.1 del Real decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana (en adelante TRLS76), desarrollado reglamentariamente por los artículos 59 a 61, 63 y 66 del RGU, sigue, en líneas generales, este mismo planteamiento aunque sin hacer referencia a los gastos de realojamiento. De acuerdo con estas normas, las partidas incluíbles en los costes de urbanización que deben sufragar los propietarios, con independencia del sistema de ejecución que se utilice son:

“a) Obras de vialidad, incluyéndose en ellas las de explanación, afirmado y pavimentación de calzadas, construcción y encintado de aceras y canalizaciones que deban construirse en el subsuelo de la vía pública para servicios.

“b) Obras de saneamiento, que comprenden colectores generales y parciales, acometidas, sumideros y atarjeas para aguas pluviales y estaciones depuradoras, en la proporción que afecte a la unidad de actuación o polígono.

“c) Suministro de agua, en el que se incluirán las obras de captación cuando fueran necesarias, distribución domiciliaria de agua potable, de riego de hidrantes contra incendios.

“d) Suministro de energía eléctrica, incluidas conducción y distribución, y alumbrado público.

“e) Jardinería y arbolado en parques, jardines y vías públicas.

“f) Las indemnizaciones debidas a los propietarios y arrendatarios de edificios y construcciones de cualquier tipo que hayan de derribarse para la correcta ejecución del plan.

“g) Las indemnizaciones derivadas de destrucción de plantaciones, obras e instalaciones incompatibles con el plan que se ejecute.

“h) El coste de redacción y tramitación de los planes parciales y de los proyectos de urbanización y el importe total de los gastos de reparcelación o compensación.

“i) El coste de las infraestructuras de conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación y, en su caso, las obras necesarias para la ampliación o refuerzo de dichos sistemas requeridos por la dimensión y densidad de la misma y las intensidades de uso que ésta

26. Artículo 114 del TRLUC.

genere, de conformidad con los requisitos y condiciones que establezca el planeamiento general.”

3.2.1. Gastos de urbanización

Son gastos de urbanización los correspondientes a la totalidad de las obras²⁷ de urbanización,²⁸ que pueden desglosarse como hemos visto anteriormente, en base a la aplicación supletoria del RGU, en los conceptos siguientes:

- Obras de vialidad.
- Obras de saneamiento.
- Suministro de agua.
- Suministro de energía eléctrica.
- Jardinería y arbolado en parques, jardines y vías públicas.

A continuación analizaremos con mayor detalle cada uno de estos grupos.

3.2.1.1. Obras de vialidad

De acuerdo con el artículo 59.1.a) del RGU, de aplicación supletoria, el importe de las obras de urbanización que corre a cargo de los propietarios de un polígono o sector comprende entre las obras de vialidad, las de explanación, afirmado y pavimentación de calzadas, construcción y encintado de aceras y canalizaciones que deban construirse en el subsuelo de la vía pública para servicios.

Incluso en un supuesto en el que las obras de pavimentación consistían únicamente en la prolongación de una calle ya existente, el Tribunal Supremo, resolviendo un recurso de casación para unificación de doctrina, admitió la procedencia de ser financiadas mediante cuotas de urbanización y la consiguiente improcedencia de financiarse mediante contribuciones especiales por cuanto el beneficio que las obras afectaba a todos los propietarios del sector y no sólo a los de las parcelas lindantes con la calle objeto de las mismas.

En este caso consideró que, aun cuando la obra ejecutada no pretendía desarrollar todas las determinaciones previstas en el Plan en cuanto a obras de urbanización de un área completa, se estaba ante una obra de urbanización autorizada por el artículo 67.3 del Real decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de planeamiento para el desarrollo de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana²⁹ (en adelante RP) y debía financiarse mediante cuotas de urbanización.³⁰

Retomando la relación de obras que se consideran de vialidad, resulta que, además de las obras de construc-

ción de calzadas y aceras, han de incluirse las obras de canalizaciones de servicios a realizar en el subsuelo –teléfonos, gas y cualquier otra que se estime necesaria en el plan– en virtud de lo dispuesto por los artículos 53.2 y 70.2 del RP.

Finalmente, según prescribe el artículo 70 del RP, deberán añadirse, también, las obras de aparcamientos, red peatonal y espacios libres.

3.2.1.2. Obras de saneamiento

El importe de las obras de saneamiento forma parte de los costes financiados mediante cuotas de urbanización. Dichas obras engloban las redes de alcantarillado y desagüe de aguas residuales y pluviales y, si procediere, también, de depuración (artículo 53 del RP). El RGU introduce mayor detalle en esta relación y en su artículo 59.1.b) incorpora los colectores generales y parciales, acometidas, sumideros y atarjeas para aguas pluviales y estaciones depuradoras en la medida en que afecten al polígono. Lógicamente, la red de alcantarillado prevista en el correspondiente proyecto de urbanización debe resolver el enlace de los servicios urbanísticos con los generales de la ciudad y acreditar que tienen capacidad suficiente para atenderlos (artículo 70 del RP).

En consecuencia, estas obras engloban no sólo las redes de alcantarillado y desagüe de aguas residuales y pluviales, sino también la construcción de colectores generales y estaciones depuradoras de aguas residuales, aunque en la medida en que su utilidad exceda de la unidad urbanística de que se trate, serán de cuenta de los propietarios de terrenos situados en dicha unidad no la totalidad de su importe sino la parte proporcional que corresponda al servicio de dicha unidad.

3.2.1.3. Obras de suministro de agua

Las obras de suministro de agua agrupan las de captación, embalse, depósito, conducción y depuración,³¹ cuando fueren necesarias, y la distribución domiciliar de agua potable, de riego y de hidrantes contra incendios en la parte que corresponda a la unidad urbanística de que se trate [artículo 59.1.c) del RGU]. Sin perjuicio de que cuando la utilidad de estas obras trascienda el ámbito de la unidad, se repercuta a éste sólo la parte proporcional que le corresponda.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con las obras para el suministro de agua potable a las poblaciones señalando que son típi-

27. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 26 de abril de 1988, señalaba que en los gastos a abonar por los miembros de la Junta de Compensación se comprenden todos los que sean necesarios para el desarrollo de la misma y con los recargos o intereses que estén establecidos.

28. Artículo 114.1.a) del TRLUC.

29. Artículo 67.3 del RP: “Con independencia de los proyectos de urbanización, podrán redactarse y aprobarse, conforme a la normativa del ente interesado, proyectos de obras ordinarias que no tengan por objeto desarro-

llar íntegramente el conjunto de determinaciones de un plan de ordenación.”

30. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2002.

31. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1990: “El coste para la construcción de la depuradora aceptado por pacto entre el Ayuntamiento y la Junta de Compensación, obliga a sus miembros, aunque posteriormente el Ayuntamiento pacte con otros ayuntamientos la ejecución de una depuradora intermunicipal y destine el importe recaudado para la depuradora a la construcción del colector.”

camente una obra de urbanización, al hallarse comprendidas como tales en el artículo 67.2 del RP y con mayor grado de especificación, en el artículo 59.1.c) del RGU. Este es el posicionamiento jurisprudencial contenido en la Sentencia de 21 de noviembre de 1991, en relación con la valoración del justiprecio de una finca. En este caso, el Tribunal Supremo declara que la obra que habilita la operación expropiatoria, obras de captación de aguas e instalación de depósitos para el abastecimiento a una localidad granadina, es decir, obras de aducción dentro de las del servicio público de suministro de agua potable a las poblaciones, es típicamente una obra de urbanización; en consecuencia, debe entenderse susceptible de ser financiada mediante cuotas de urbanización.

3.2.1.4. Obras de suministro de energía eléctrica

Los costes de urbanización incluirán los relativos a las redes de suministro de energía eléctrica, es decir, no sólo la conducción sino también la distribución y el alumbrado público.³²

Los gastos de la instalación eléctrica corren, en el momento de la instalación, en su totalidad, por cuenta de los propietarios del sector o polígono incluso en las cantidades cuyo pago, según la legislación eléctrica, correspondería a la empresa suministradora de la energía. Sin embargo, los costes de conducción y distribución de la energía se distribuyen entre los propietarios afectados y las empresas concesionarias que presten los servicios. Una vez hecha la instalación los propietarios pueden reclamar a la empresa suministradora la diferencia entre lo que corresponde pagar al usuario y el total coste de la instalación³³. Pero no puede exigirse a las empresas suministradoras que efectúen la instalación y que posteriormente cobren la parte correspondiente a los propietarios afectados, sino a la inversa. Las empresas suministradoras no tienen la responsabilidad de aportar la infraestructura necesaria, sino que sus obligaciones se refieren exclusivamente a posibles aumentos de consumo en zonas ya urbanizadas, es decir, quedan fuera de su ámbito de aplicación las zonas que todavía se encuentran en proceso de urbanización

32. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de octubre de 1988, admite la improcedencia urbanística de cargar a la compañía suministradora el importe de los gastos de instalación de la red de electrificación. Aunque en el caso enjuiciado la compañía había admitido, por carta, tanto la cuota concreta como su pago, por lo que por este concreto motivo el Tribunal entiende que en tales condiciones, le falta acción y derecho para impugnar aquello que tiene expresamente aceptado.

El Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en las sentencias de 25 de marzo de 1996 y 28 de septiembre de 1995, mantiene este mismo posicionamiento y expresa que los gastos de urbanización incluirán los relativos a las redes de suministro de energía eléctrica, la conducción y distribución, y el alumbrado público. No sólo se incluye la obra civil, sino también las concretas instalaciones y conducciones eléctricas.

También sigue este planteamiento el Tribunal Superior de Justicia de

en las que no tienen obligación de costear la infraestructura precisa para suministrar energía eléctrica.³⁴

Tampoco pueden las compañías concesionarias de servicios públicos pretender estar incluidas dentro de los beneficiarios de la urbanización.³⁵

En esta línea, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña³⁶ no eximió a los actores del pago de la implantación de la red eléctrica al no haber demostrado que hubieren efectuado abonos respecto a la electrificación inicial del sector, sino sólo los particulares por conexión de su parcela a la red general y por las altas pertinentes.

3.2.1.5. Arbolado y jardinería

Comprende este apartado los costes de arbolado y jardinería en parques y jardines y vías públicas que estén previstos en el plan y proyecto de urbanización y sean de interés para el sector o área de actuación.³⁷

La mayor parte de las normas autonómicas citan, además, entre los gastos de ajardinamiento los de amueblamiento urbano de parques y jardines y vías públicas, por lo que quedarían comprendidos entre los costes de urbanización. Entre otras normas, pueden citarse el Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de urbanismo de Castilla y León, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía, el Texto refundido de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de Castilla-La Mancha, y la Ley 5/1999, de 25 de marzo, de las normas reguladoras del urbanismo de Aragón, entre otras.

3.2.2. Indemnizaciones

Además del coste de ejecución material de las obras, entre los costes a repercutir a los propietarios se incorporan las indemnizaciones debidas a los propietarios y arrendatarios de edificios y construcciones de cualquier tipo que hayan de derribarse para la correcta ejecución del plan, las indemnizaciones derivadas de destrucción de plantaciones, obras e instalaciones incompatibles con el Plan que se ejecute, las derivadas del traslado forzoso de actividades y de la extinción de derechos reales o personales.³⁸ Concretamente, se integran en las cuotas de urbanización las indemnizaciones por:

Aragón en Sentencia de 24 de febrero de 2001.

33. Entre otras, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de julio de 2002.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de febrero de 1997, reitera el derecho al reintegro de los costes de urbanización cuando se ejecuta el planeamiento a través de un sistema de actuación. No cuando se trate de una actuación aislada.

34. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 28 de septiembre de 1995.

35. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1987.

36. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2001.

37. Artículos 122 del TRLS76, 59.1.e) del RGU y 70 del RPU.

38. Artículo 112.6 del TRLS76 y 60 del RGU. En Cataluña también el artículo 114 del TRLUC.

- Derribo de construcciones.
- Destrucción de plantaciones, obras e instalaciones.³⁹
- Traslado forzoso de actividades.
- Extinción de derechos reales o personales.

En cuanto a las indemnizaciones por derribo, nótese que el RGU distingue según se trate de edificios y construcciones o de plantaciones, obras e instalaciones; de tal modo que en cuanto a los primeros afectará, a los de cualquier tipo que hayan de derribarse para la correcta ejecución del plan, mientras que en cuanto a la destrucción de plantaciones, obras e instalaciones, serán sólo las incompatibles con el plan que se ejecute. Por tanto, no han de ser consideradas como gastos de urbanización, *a sensu contrario*, las indemnizaciones por la destrucción de plantaciones, obras e instalaciones compatibles con el planeamiento.⁴⁰ Sin embargo, para la normativa catalana forman parte de los gastos de urbanización tanto las indemnizaciones procedentes del derribo de construcciones como la destrucción de plantaciones, obras e instalaciones que sean exigibles para la ejecución de los planes, sin distinción alguna.

Debe insistirse en el hecho de que sólo las indemnizaciones debidas por razón de inmuebles que hayan de derribarse son a cargo de los titulares de los terrenos afectados por la actuación urbanística⁴¹, por lo que sólo las instalaciones que no puedan conservarse deberán ser incluidas en los gastos de urbanización y no aquellas otras que puedan mantenerse. En consecuencia, aunque una industria no sea conforme con el uso residencial, ello implica la declaración de “fuera de ordenación”, sin exigir en absoluto la destrucción del inmueble, que no impide la ejecución de las obras de urbanización; por tanto, no es causa de indemnización.⁴²

Las indemnizaciones debidas a los arrendatarios han de ser abonadas como costes de urbanización por todos los propietarios de los terrenos situados en el correspondiente polígono o unidad de actuación, en la proporción legalmente establecida, salvo que los mismos, en ejercicio de la facultad que les confiere el artículo 124 de la LRSV “libremente convengan”, por unanimidad, en distribuir entre ellos de otra forma justa los aludidos costes de urbanización.⁴³ De no ser así, entre los gastos de urbanización a soportar por el conjunto de los propietarios de la unidad urbanística, deben incluirse las indemnizaciones a los arrendatarios de las fincas afectadas.⁴⁴

Las valoraciones de las rentas de los arrendamientos que se extinguen deben ser debidamente fundamentadas y los dictámenes aportados por las partes a autos ratificados bajo juramento o presencia judicial, caso contrario carecen de valor probatorio.⁴⁵

Deben valorarse los diversos bienes (edificaciones, pavimentación, cerramientos, servicios públicos, pagos efectuados por contribuciones especiales, plantaciones, pozo de agua y traslado de la industria) que sea necesario destruir para la ejecución de la urbanización⁴⁶ e incluirse su valoración en la base imponible de las cuotas de urbanización.

A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1987, incluye la indemnización por desaparición de un cobertizo de estructura de ladrillo y la valoración del vuelo agrícola de la finca, es decir, veintidós árboles que existían en la finca y que no respondían a un plan racional de explotación sino a un ornato o a la satisfacción de pequeñas necesidades domésticas, ya que la mayoría de ellos correspondían a especies distintas (entre ellos había melocotones, manzanas, perales, higueras, cerezos, etc.). Esta misma sentencia, en la indemnización por traslado del negocio incorpora un diez por ciento correspondiente al beneficio anual pero no las supuestas pérdidas por coste de construcción de un nuevo pabellón y por supuesta diferencia en el mayor coste de adquisición de nuevos terrenos, ya que representaría un plus sobre lo ya percibido por pabellón y obras accesorias.

Finalmente, la jurisprudencia ha señalado que una instalación ganadera incompatible con las determinaciones del planeamiento debe ser indemnizada de acuerdo con el valor real de los bienes y derechos, cuya obligada extinción se ha de compensar.⁴⁷

3.2.3. Redacción y tramitación de los planes parciales y proyectos de urbanización

Serán, también, de cuenta de los adjudicatarios de terrenos comprendidos en el polígono, el coste de redacción y tramitación de los anteproyectos, de los planes parciales urbanísticos, de los planes de mejora urbana, de los proyectos de urbanización y de los instrumentos de gestión urbanística, o sea, el importe total de los gastos de reparcelación, expropiación o compensación [artículos 114.1.d) del TRLUC y 61 del RGU].

39. El propietario que ocultó a la Junta de Compensación la existencia de un poseedor (cultivador de los terrenos afectados), deberá abonar a ésta el importe total de la indemnización que la Junta abonó por vía transaccional para el desalojo de la parcela (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1987).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1997 declara que no tienen derecho a indemnización los arrendatarios que han renunciado con anterioridad a la misma y cuando se hizo constar en las Bases que no les correspondía indemnización alguna.

40. Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1993, 20 de

diciembre de 1990.

41. Artículo 60 del RGU.

42. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990.

43. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1984.

44. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 9 de mayo de 2003.

45. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1998.

46. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1987.

47. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de diciembre de 2000.

Este es el criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas en la Sentencia de 24 de noviembre de 2000, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 27 de mayo de 1999, al señalar que entre los costes de urbanización no sólo deben incluirse los gastos de la ejecución material de las obras de urbanización sino todos aquellos de redacción de proyectos y tramitación que sean indispensables para la buena marcha de la gestión.

3.2.4. Costes de gestión

Los gastos de gestión que se produzcan para la completa y total ejecución de la obra urbanizadora y del proceso de distribución de los beneficios y cargas se incluirán, también, entre los costes a sufragar por los propietarios de los terrenos comprendidos en el ámbito de actuación de que se trate. Se trata de todos aquellos gastos que "sean indispensables para la buena marcha de la gestión".⁴⁸

El Reglamento de gestión y ejecución del sistema de planeamiento de Canarias⁴⁹ regula de forma pormenorizada estos conceptos, algunos de los cuales han sido ya comentados en apartados anteriores, con el siguiente tenor literal:

"a) Gastos de honorarios profesionales relacionados con el sistema de ejecución privada, instrumentos de gestión, proyectos de urbanización y de instalaciones o infraestructuras, y en su caso, instrumentos de planeamiento de desarrollo. Estos gastos de honorarios también incluyen los que puedan producirse por levantamiento topográfico, planimetría digitalizada, estudios de contenido ambiental y cualesquiera otros que sean convenientes para la adecuada calidad del resultado de los trabajos, así como los honorarios de la dirección técnica de las obras que se ejecuten.

"b) Gastos de gestión administrativa derivados de la preparación de la documentación requerida para tramitar los pertinentes expedientes que resulten necesarios, cuando se correspondan con la globalidad de la unidad. En otro caso deberán ser asumidos de forma individual por aquellos propietarios que requieran tales gestiones.

"c) Gastos derivados de la tramitación administrativa de los instrumentos de gestión y de los proyectos y planes, en su caso; incluyendo las tasas e impuestos que sean de aplicación.

"d) Gastos producidos por los documentos notariales y las inscripciones registrales o mercantiles que haya que realizar, en su caso."

En relación con la posibilidad de repercutir los costes de gestión cuando estos trabajos han sido realizados por funcionarios públicos, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 27 de mayo de 1999, admite que figuren

entre los costes de urbanización determinadas cantidades a favor del secretario-interventor del ayuntamiento y de otros funcionarios por gestión jurídico-administrativa del proyecto de reparcelación. Por ello cuando estas funciones no han sido objeto de contratación externa y han sido desempeñadas por personal de la Administración podrán imputarse los costes correspondientes de acuerdo con la dedicación, salarios abonados y demás gastos imputables.

3.2.5. Gastos derivados del derecho al realojamiento

En la modalidad de actuación urbanística por reparcelación, se reconoce el derecho al realojamiento a favor de las personas que ocupan legalmente una vivienda que constituye su residencia habitual, siempre que cumplan las condiciones exigidas por la legislación protectora y siempre que, en el supuesto de ser personas propietarias, no resulten adjudicatarias de aprovechamiento urbanístico equivalente a una edificabilidad de uso residencial superior al doble de la superficie máxima establecida por dicha legislación.

Para hacer efectivo el derecho al realojamiento se pondrán las viviendas a disposición de las personas ocupantes legales afectadas en las condiciones de venta o alquiler aplicables a las viviendas de protección pública, dentro de los límites de superficie propios de la legislación protectora.

Corresponde en este caso a la comunidad reparcelatoria o, en su caso, al concesionario de la gestión urbanística integrada, la obligación de hacer efectivo el derecho al realojamiento y de indemnizar a las personas ocupantes legales afectadas por los gastos de traslado y de alojamiento temporal hasta que se haga efectivo su realojamiento.

4. Conclusiones

1. La urbanización de los terrenos genera unas importantes plusvalías que no pueden quedar sólo en manos de los particulares sino que deben revertir, en parte, a la comunidad mediante la afectación de las plusvalías al pago de los gastos de la urbanización y demás obligaciones derivadas del planeamiento. Todo ello en base a una distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento.

2. Los sujetos activos de la actividad urbanizadora pueden ser de dos grupos, los particulares propietarios de terrenos a través de las entidades urbanísticas colaboradoras y la Administración actuante.

3. Los sujetos pasivos, es decir, los obligados a sufragar los costes de urbanización son los propietarios de los terrenos afectados por una actuación urbanística.

48. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1999.

49. Decreto 183/2004, de 21 de diciembre.

4. En caso de enajenación o transmisión de fincas, el adquirente quedará subrogado en las obligaciones del anterior propietario de acuerdo con el principio de subrogación real establecido por los artículos 21 de la LRSV, 28 del RGU y en Cataluña el artículo 38.2 del TRLUC.

5. El ayuntamiento debe contribuir al pago de las cuotas urbanísticas en la proporción correspondiente a las cesiones de aprovechamiento urbanístico recibidas. Para ello, deberá estarse a lo que dispongan las correspondientes normativas autonómicas en relación con los coeficientes de cesión obligatoria que, en ningún caso, podrán sobrepasar el diez por ciento.

6. Las cuotas de urbanización sirven para financiar la actividad urbanizadora. En consecuencia, incorporan tanto la ejecución material de las obras como los gastos que sean necesarios para la ejecución del planeamiento.

7. Las cuotas de urbanización pueden ser exigibles hasta alcanzar el cien por cien de los costes soportados, es decir, hasta cubrir su importe total.

8. Las cuotas de urbanización se refieren a la totalidad de los gastos necesarios para ejecutar el planeamiento que son:

- Los gastos de urbanización.
- Las indemnizaciones.
- La redacción y tramitación de planes y proyectos.
- Los costes de gestión.
- Los gastos derivados de la aplicación del derecho de realojamiento.

9. Los gastos de urbanización engloban:

- El importe de las obras de vialidad.
- El importe de las obras de saneamiento.
- El suministro de agua.
- Suministro de energía eléctrica.
- Jardinería y arbolado en parques, jardines y vías públicas.

10. Además de los costes de ejecución material de las obras, las indemnizaciones que deban satisfacerse formarán parte de las cuotas de urbanización, si se refieren a:

-Indemnizaciones a propietarios y arrendatarios de edificios y construcciones que hayan de derribarse.

-Indemnizaciones por la destrucción de plantaciones, obras e instalaciones incompatibles con el plan que se ejecute.

-Indemnizaciones por traslado forzoso de actividades.

-Indemnizaciones por extinción de derechos reales o personales.

11. Finalmente, entre los costes de urbanización se incluirán también los correspondientes a la redacción y tramitación de planes y proyectos, así como los de gestión y los derivados del derecho al realojamiento. ■

La reacción frente a las vías de hecho

Margarita López-Nieto y Truyols
Abogada.

1. Principio de autotutela administrativa. Ejecutividad y ejecutoriedad de las resoluciones administrativas.
2. Título de la ejecución. Obligatoriedad del acto jurídico de cobertura de la actuación material.
3. Las vías de hecho. Concepto y doctrina jurisprudencial reciente.
4. Defensa o reacción frente a las vías de hecho.
5. Conclusiones.

1. Principio de autotutela administrativa. Ejecutividad y ejecutoriedad de las resoluciones administrativas

El principio de autotutela es una de las prerrogativas de que goza la Administración pública, en virtud de la cual existe una presunción *ius tantum* de legalidad de los actos administrativos, dictados con sujeción al Derecho administrativo, que se presumen válidos, y que, en consecuencia, producen efectos desde el momento en que se dictan, se notifican o se publican, según los casos, de conformidad con el artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Por tanto, la Ley presume que un acto administrativo ha sido dictado por el órgano competente, siguiendo el procedimiento adecuado, ajustándose a las demás normas sustantivas que regulen su contenido, y que se ajusta a los fines que establece la norma (autotutela declarativa).

Como consecuencia directa de esa presunción de legalidad, los actos administrativos son ejecutivos sin necesidad de obtener una ejecutoria judicial, según establece el artículo 56 de la citada Ley 30/1992, que consagra el principio de ejecutividad de los actos administrativos, de manera que la Administración está facultada para ejecutar por sí misma sus propios actos, incluso mediante la ejecución forzosa de los mismos, de acuerdo con el principio de ejecutoriedad contenido en los artículos 94 y 95 de la Ley 30/1992 (autotutela ejecutiva).

Este privilegio de ejecución forzosa de sus propios actos supone la realización de actuaciones materiales que normalmente inciden en la vida, los bienes, derechos o intereses de los particulares, por lo que está sometido a ciertos requisitos que actúan como limitaciones: a) la necesidad del previo apercibimiento; b) la utilización de un medio de ejecución forzosa establecido en la Ley, y c) la existencia y notificación de una resolución previa que sirva de fundamento de la actuación material.

a) La necesidad de apercibimiento previo que exige el artículo 95 de la Ley 30/1992 obliga a la Administración a incorporar en la resolución declarativa, en la que se afecte derechos de un particular, el apercibimiento del medio de ejecución forzosa que se utilizará. Por ejemplo, en el supuesto de una orden de derribo de una construcción ejecutada sin licencia y no legalizable (acto declarativo) se indicará que el incumplimiento del derribo comportará la imposición de multas coercitivas o la ejecución subsidiaria del derribo, de acuerdo con la legislación vigente que así lo prevea.

b) La utilización de un medio de ejecución forzosa de los establecidos en la Ley, pues la ejecución forzosa y los medios a utilizar han de estar previamente previstos en la Ley. Por ejemplo, la legislación urbanística prevé la imposición de multas coercitivas o la ejecución subsidiaria de las órdenes de derribo; las leyes tributarias prevén el apremio sobre el patrimonio.

La ejecución forzosa se efectuará siempre respetando el principio de proporcionalidad, adecuando el medio utilizado al fin de la resolución adoptada, y eligiendo, si fuera posible, el medio menos restrictivo de la libertad individual; si fuera necesario entrar en el domicilio del afectado, se recabará su consentimiento y, a falta de éste, autorización judicial (que habrán de otorgar los juzgados de lo contencioso-administrativo), todo ello de conformidad con el artículo 96 de la Ley 30/1992.

En cuanto a los medios de ejecución forzosa que la Administración puede utilizar, siempre que una ley así lo prevea, éstos son: el apremio sobre el patrimonio, la multa coercitiva, la ejecución subsidiaria y la compulsión sobre las personas, según establecen los artículos 96.2, 97, 98, 99 i 100 de la Ley 30/1992.

Cuando la actuación material que afecta a los particulares no se ha acordado y notificado previamente, nos encontramos ante una actuación material o vía de hecho, expresamente prohibida por nuestro ordenamiento.

c) La obligatoriedad de adoptar la resolución que sirva de fundamento a la actuación material. De este aspecto se habla en el siguiente apartado.

2. Título de la ejecución. Obligatoriedad del acto jurídico de cobertura de la actuación material

La obligatoriedad de adoptar una resolución que sirva de fundamento a la actuación material, aparece como un requisito indispensable establecido en el artículo 93 de la Ley 30/1992, que declara:

"1. Las administraciones públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite los derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico."

"2. El órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa."

Ese acto constituirá el título de la ejecución forzosa, y se habrá de producir por el órgano competente, habrá de seguir el procedimiento legalmente establecido, y en su contenido y finalidad se habrá de ajustar a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, de conformidad

1. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho*

administrativo, volumen I, Civitas, 1993, p. 746.

con lo establecido en el artículo 53 de la Ley 30/1992. Además, al tratarse de un acto que afecta derechos subjetivos e intereses legítimos, como por ejemplo el derecho de propiedad, deberá ser motivado [artículo 54.1.a) del mismo texto legal]. Y esa resolución ha de notificarse al interesado.

Es decir, ha de producirse un “vencimiento” de la obligación, que se ha de constatar y declarar así mediante un acto administrativo, en el que en consecuencia se ordenará además la ejecución subsidiaria por el medio legalmente previsto.¹ Y este acto habrá de notificarse así mismo al particular afectado, quien en cualquier momento podrá realizar por sí la obligación mientras no se haya producido la ejecución forzosa. El mecanismo fijado en el Reglamento general de recaudación cumple perfectamente los anteriores requisitos y puede servir de ejemplo para cualquier otra ejecución forzosa.

Por tanto, además de la resolución o acuerdo declarativo en que se ordene una actuación concreta, debe producirse una resolución que ordene la ejecución forzosa de aquélla. Y esta segunda resolución también ha de adoptarse por el órgano competente, siguiendo el procedimiento legalmente establecido y ajustándose en su contenido y finalidad a la legislación vigente, por lo que habrá de indicar en qué normativa está previsto el medio de ejecución forzosa que se utilice, y en concreto la actuación material de que se trate. Y esa resolución que autorice la actuación material también ha de notificarse al particular afectado, y hacerlo con los requisitos del artículo 58 de la Ley 30/1992.

Esta es la obligatoriedad que impone la Ley de procedimiento común, y así lo entiende la mayoría de las resoluciones judiciales, aunque, estudiando la jurisprudencia emanada de los tribunales, encontramos la aplicación de diversos criterios.

La falta de ese título ejecutivo, dictado con los requisitos establecidos, convierte la actuación administrativa en una actuación ilegítima y la Administración pierde su situación de privilegio respecto de los particulares.

3. Las vías de hecho. Concepto y doctrina jurisprudencial reciente

Dada la claridad de la prescripción legal, que no deja lugar a dudas, parecería que no debieran producirse actuaciones materiales de la Administración pública sin previa cobertura jurídica, que es a todas luces un requisito imprescindible. En realidad es una forma más del principio de legalidad que en un Estado de derecho ha de presidir la actuación administrativa.

Pero la “necesaria existencia de un acto administrativo formal como título habilitante de la ejecución”² no siempre se cumple. Incluso los tribunales no siempre adoptan resoluciones iguales al respecto. Por ello, desde la doctrina y desde la jurisprudencia se han ido arbitrando soluciones que por el momento han culminado en la actual regulación de la impugnación jurisdiccional de las vías de hecho por la Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa.³

Con anterioridad a esta norma, y como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2003, dictada en el recurso de casación 8039/1999, de la Sección Cuarta, en la que se recogen los antecedentes de esta regulación, el concepto de vía de hecho llega a nuestro Derecho desde el Derecho administrativo francés, que distinguía dos modalidades, según que la Administración haya usado un poder del que legalmente carece (*manque de droit*) o lo haya hecho sin observar el procedimiento establecido por la norma que le haya atribuido ese poder o potestad (*manque de procédure*). Esta construcción tienen su origen en la defensa de la propiedad, de la que pasó a otros derechos fundamentales.

Así, la sentencia declara que en un primer momento se entiende como vía de hecho:

“[...] tanto la actuación material de las administraciones públicas que se produce sin haber adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva de fundamento jurídico, como aquella otra actividad material de ejecución que excede evidentemente del ámbito al que da cobertura el acto administrativo previo.

“Cuando la actuación administrativa carece de resolución previa que le sirva de fundamento jurídico, se encuentra prohibido con rotundidad en el artículo 93 de la LRJ-PAC. Y a dicha falta de acto previo son asimilables aquellos casos en los que, existiendo tal acto, éste se ve afectado de una irregularidad sustancial, que permite hablar de acto nulo de pleno derecho o incluso inexistente viéndose privado de la presunción de validez que predica de todo acto administrativo el artículo 57.1 de la LRJ-PAC.

“En definitiva, como señalamos en Sentencia de 8 de junio de 1993, *la vía de hecho o actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la concreta actuación se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite.*”

2. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo*, volumen II, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 176.

3. Además de las dos obras citadas, se pueden consultar la monografía de

Santiago GONZÁLEZ-VARAS, *La vía de hecho administrativa*, Tecnos, 1994; Ana Belén GÓMEZ DÍAZ; RAP, 151; Comentario de Javier FUERTES LÓPEZ, en *Repertorio Jurisprudencia* 25/2003, Aranzadi.

Y en esta línea de exigir no sólo una resolución previa, sino que ésta se haya adoptado siguiendo el procedimiento legalmente establecido, encontramos la siguiente Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2001, que en su fundamento de derecho cuarto declara, recogiendo la Sentencia de 22 de septiembre de 1990:

“Por ejemplo, en la Sentencia de este Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1990 (RJ 1990/7285), asunto Colonia Nuestra Señora del Carmen, esta Sala 3ª, dijo esto: ‘*El procedimiento administrativo no es un mero ritual tendente a cubrir a un poder desnudo con una vestidura pudorosa que evite el rechazo social. Que no se trata de cubrir impudicias sino de que no las haya. Porque lo que exige el pudor en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos es que el comportamiento de aquél inspire confianza a los administrados [...]*’. Y el primer factor capaz de generar esa confianza es la adecuación a un procedimiento que garantice que el obrar administrativo, por más reflexivo, tenga más posibilidades de adecuarse al ordenamiento administrativo. El artículo 1º de la Ley de procedimiento administrativo (la sentencia se está refiriendo a la de 17 de julio de 1958, que era la vigente) de general y directa aplicación a todas las administraciones públicas por mandato constitucional (artículo 149.1.18 [RCL 1978/2836 y ApNDL 2875]), establece imperativamente la sujeción a formalidades procesales de la actuación administrativa, lo que aquí no se ha cumplido de ningún modo. *Ha habido vía de hecho porque se ha actuado sin procedimiento.*”

Y si la anterior sentencia declara la importancia fundamental de que la Administración actúe sometida a unas normas, incluso procedimentales, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 18 de octubre de 2000 (RJ 2000/9108), además de realizar idéntica declaración que la anterior, en su fundamento de derecho tercero insiste en que la actuación material en base a un acto previo que la legitime es una exigencia de un Estado de derecho:

“Hoy día es indudable que el *ordenamiento español rechaza con carácter general –artículo 103 citado de la Ley de procedimiento y 149.1.18 de la Constitución–, las actuaciones administrativas por vía de hecho, las cuales constituyen una forma de violencia sobre el ciudadano y sobre sus bienes incompatible con lo que el poder público es y tiene que ser en un Estado de derecho: servidor de los ciudadanos y escudo de sus libertades.*

“En análogo sentido –entre otras– STS de 4 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6965); 3 de diciembre de 1982 (RJ 1982/7512); y 5 de febrero de 1985, y 15 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9469).

“*No es así como deben actuar los poderes públicos en un Estado de derecho [...]*”

También la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 25 de enero

de 2002 (RJ 2002/916), se refiere al principio de legalidad que ha de presidir las actuaciones que afecten al derecho de propiedad de los particulares, y, en su fundamento de derecho cuarto, y lo relaciona con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, declarando:

“La doctrina de la sentencia recurrida es contraria al derecho de propiedad que garantiza el artículo 33 de la Constitución, interpretado en relación con el artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 20 de marzo de 1952, que ha sido ratificado por España por Instrumento de 2 de noviembre de 1990 (RCL 1991/81). *Toda ocupación material de un terreno sin título o como simple vía de hecho por parte de una Administración pública constituye una vulneración del derecho de propiedad que debe ser anulada por los tribunales, en la medida en que cualquier intervención de los poderes públicos en el goce del derecho de propiedad debe atenerse siempre al principio de legalidad, para poder ser considerada respetuosa con las garantías que dimanarían del artículo 1.1 del citado Protocolo, en relación con el artículo 33.1 de la CE (Sentencia del Tribunal Europeo de 30 de mayo de 2000 [TEDH 2000/136]), (Asunto Belvedere Alberghiera, SRL contra Italia).*”

De lo anterior se deduce que toda actuación no sustentada en un acto administrativo previo, dictado con sujeción a la normativa aplicable y dictado por el órgano competente, constituye una vía de hecho que debe ser restituida por los tribunales. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2005, dictada en el Recurso 3504/2002.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 23 de septiembre de 2005, dictada en el Recurso 415/2003, de la Sección Primera declara que ha existido vía de hecho en un supuesto en que se amplía un camino invadiendo una propiedad privada, excediéndose del trazado del camino inicial, sin previo expediente expropiatorio ni ningún otro. Declara el Tribunal:

“[...] esa invasión se ha producido *sin mediar la tramitación de expediente alguno tendente a dicho fin y sobre todo teniendo en cuenta que en el expediente de restauración de la legalidad tramitado por el ayuntamiento demandado en ningún caso por dicha corporación se procedió a acreditar, identificar ni deslindar claramente los límites del camino y carretera de acceso a G. en la zona que linda con la era-jardín del actor, sobre todo cuando éste discutía tales linderos, es por lo que ha de concluirse necesariamente que tal invasión de terreno de particular se ha realizado por dicho ayuntamiento mediante una simple actuación material a modo de vía de hecho, ya que junto a la actuación tendente a asfaltar lo que era, es y debe ser camino o carretera, aprovechando tal circunstancia se amplió y se ensanchó el camino y el arroyo cuando discurren a la altura de la*

finca del actor, y ello a costa de la propiedad del demandante, y todo ello sin mediar expediente expropiatorio alguno ni ningún otro expediente que justifique legalmente esa invasión.”

Pero las sentencias de los tribunales superiores de justicia no siempre han sido tan meticulosas, y, por ejemplo, en Sentencia del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha, de 20 de marzo de 2000, dictada en el Recurso 18/2000, se restringe el concepto de vía de hecho a aquellas actuaciones totalmente carentes de cobertura, no a las que adolezcan de defectos procedimentales, y declara que “[...] las actuaciones materiales se producen en ejecución de un acto administrativo que reviste apariencia de legalidad, y que, en tanto no sea anulado, goza también de la presunción de legalidad”. Por tanto, exige la existencia de un acto previo con apariencia de legalidad, sin perjuicio que esa apariencia pueda ser desmontada en un proceso posterior.

En la misma línea de la anterior Sentencia, la del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 1 de abril de 2005, dictada en el Recurso 10/2003, de la Sección Primera, declara que la vía de hecho se da únicamente cuando se producen actuaciones materiales no contenidas en ninguna resolución previa, pero no si existe resolución, aunque sea nula; entiende por tanto que las vías de hecho son:

“[...] *actuaciones materiales de la Administración carentes de cobertura jurídica*, pero no aquéllas que incurran en cualquier vicio procedimental, incluso los más graves de vulneración de derechos fundamentales o los de omisión del procedimiento legalmente establecido que determinarían su nulidad de pleno derecho, sino de actuaciones materiales en que no concurre la decisión administrativa previa que le sirve de fundamento. Se ha de tratar de *actuación al margen absoluto de ejercicio de potestad administrativa, procedimiento y decisión del órgano competente*. En otras palabras hay que descartar que la vía de hecho se refiera a supuestos de cualquier vicio procedimental o de falta de competencia del órgano, incluso los de nulidad de pleno derecho. Tampoco cualquier infracción jurídica determinante de nulidad o de anulabilidad puede equivaler a la ausencia de cobertura jurídica, *debiendo reservarse para los supuestos más graves de actuación material total y absolutamente al margen de competencia y procedimiento y sin previa habilitación por norma o acto que sirva de fundamento*.”

La sentencia admite no obstante la existencia de vía de hecho en el supuesto de una resolución sancionadora por la que se impone a una comunidad de propietarios una multa y se les ordena la demolición y retirada del dominio público y servidumbres de las obras objeto del expediente. El Tribunal considera que en la resolución citada no se incluyen las obras referidas “la retirada del vallado cuya prolongación comprende al jardín

de los recurrentes, constituye una actuación en vía de hecho por ejecutarse sin amparo de resolución administrativa previa, ya que por lo indicado la resolución sancionadora de la Demarcación de Costas de fecha 20.10.1995 no la ampara”.

Pero, acorde con la doctrina que defiende, no declara que se precise de un acto entre la orden de demolición y la actuación material de demolición, simplemente se basa en que en aquélla orden de demolición no se incluyen las obras ejecutadas por la Administración.

Y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 6 de octubre de 2005, dictada en el recurso 1253, de la Sección Quinta, rechaza un recurso contra una actuación material de un ayuntamiento que pretende recuperar de oficio y mediante la ejecución de obras de modificación del trazado y ampliación de un camino en base a un único acuerdo por el que se ordena la reposición del camino a su estado original; la actora alega que las obras ejecutadas por el Ayuntamiento invaden su propiedad y que se han ejecutado sin acto de cobertura, pues no se ha dictado ni orden de ejecución subsidiaria de las obras ordenadas, ni acuerdo de recuperación de oficio del camino supuestamente municipal, ni proyecto de obras, memoria valorada u orden de ejecución que ampare las obras ejecutadas por el ayuntamiento, ni siquiera se concede trámite de audiencia. No obstante, la Sala declara:

“Cualquiera que sea la interpretación de lo que constituye vía de hecho, más o menos estricta, es indudable que las obras de referencia traen causa de la citada resolución del alcalde de M. de 22.11.2001, en la que se le requirió a la actora para que restituyera el camino a su situación en el plazo de tres días, dejándolo expedito y libre, con advertencia de ejecución subsidiaria en caso de incumplimiento. En el caso de autos no hay ausencia total de procedimiento ni de resolución que ampare la actuación administrativa, con independencia de que sea o no correcta o de que la advertencia necesariamente debería materializarse después en una orden de ejecución subsidiaria, como invoca la actora. La vía de hecho supone una actuación desprovista de todo soporte previo, mientras que en el presente supuesto se incoó un expediente de recuperación que culminó con la citada resolución del alcalde.”

Parece que los tribunales están de acuerdo en que la actuación material precisa de un acto previo, pero no en cual ha de ser ese acto previo. Desde las sentencias que exigen una orden expresa de ejecución forzosa, adoptada por el órgano competente, siguiendo el procedimiento legalmente previsto, hasta la anterior sentencia que acepta un requerimiento a un particular para realizar unas obras en tres días, con apercibimiento de ejecución subsidiaria, como fundamento suficiente para que entren las máquinas por la finca del requerido y,

destruyendo lo que encuentran a su paso, abran una gran zanja y ejecuten un camino más amplio del existente.⁴

Los tribunales han de garantizar que la Administración sólo actúe revestida de sus prerrogativas si lo hace siguiendo los procedimientos y buscando los fines que la norma le impone. Por tanto, volviendo a las sentencias del Tribunal Supremo anteriormente citadas, en un Estado de derecho la Administración debe actuar siempre conforme a la Ley y al Derecho, según establecen los artículos 9.3 de la Constitución y 3.1 de la Ley 30/1992, máxime cuando se trata de actuaciones materiales que invades o limitan los bienes o derechos de los particulares.

Y si la Ley impone a la Administración la obligatoriedad de adoptar una resolución que le sirva de fundamento jurídico para iniciar cualquier actuación material, y de notificarle esa resolución, significa exactamente eso: que antes de realizar una actuación material que afecte bienes, derechos o intereses de un particular, la Administración ha de adoptar esa resolución consistente en una declaración de voluntad ejecutiva de una resolución anterior, que ordene la ejecución forzosa de aquélla por uno de los medios legalmente previstos, por lo que no es suficiente la resolución declarativa previa. El particular no puede esperar que una orden de ejecutar una obra o de abonar una deuda comporte que al día siguiente entren en su domicilio o se le embargue la cuenta corriente. Ha de haber una actuación jurídica expresa que ordene esa actuación material. Ni los tribunales actúan sin una sentencia de ejecución previa, aún existiendo una sentencia declarativa. No existe ninguna base para aceptar que la Administración pueda incidir en la esfera de derechos y libertades de los particulares con más intensidad que el juez, sin necesidad de ese acto ejecutivo que constituya título jurídico para la actuación material.

Por otro lado, no se puede perder de vista las imposiciones de proporcionalidad y medios menos restrictivos de la libertad individual que también han de presidir las ejecuciones forzosas, de conformidad con la normativa vigente.

4. Defensa o reacción frente a las vías de hecho

Hasta la Ley 29/1998 el único medio de reacción frente a una ilegítima actuación material de la Administración era utilizar los interdictos de retener y recobrar, previstos en el artículo 125 de la Ley de expropiación forzosa.

Interdictos que la Ley 30/1992 no impide según lo establecido, a *sensu contrario* en su artículo 101, que prohíbe la admisión a trámite de "interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento establecido" Por tanto, si son admisibles los interdictos cuando la Administración actúa materialmente, sin la adopción previa del acuerdo correspondiente que tenga al menos una apariencia de legalidad. Sin este requisito, la Administración pierde su posición de prerrogativa y se coloca en una situación de igualdad respecto de los particulares y por tanto se pueden utilizar los medios legales ordinarios, y aceptar la vía interdictal.

También había otra posibilidad, como era solicitar de la Administración que cesara en su actuación material o repusiera la situación a su estado anterior. La negativa expresa o por silencio de la Administración daba pie a la formulación del correspondiente recurso administrativo.

Un paso importante se ha dado por la Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa, que, superando el principio revisor de esa jurisdicción, prevé la interposición del recurso contencioso administrativo no sólo en relación con los actos de las administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo, como establecía la Ley de 1956, sino también contra la inactividad administrativa y contra la actuación material de la Administración constitutiva de vía de hecho, dando un paso más en la tutela y garantía de los derechos de los ciudadanos frente al ejercicio ilegítimo de las potestades y prerrogativas de la Administración. Éstas únicamente se justifican cuando la Administración actúa de conformidad con la normativa que le ha otorgado la potestad; en caso contrario, pierden toda su razón de ser.

La Ley establece una nueva prerrogativa para la Administración, consistente en la correlativa carga al particular de efectuar un requerimiento a la Administración intimándola su cesación en la actuación material, que habrá de ser atendido en el plazo de diez días desde su presentación. Si la Administración persistiera en su actitud, quedará abierta la vía contencioso-administrativa, todo ello según el artículo 30 de la Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La carga de la prueba corresponde a la Administración, que habrá de demostrar que no hubo tal vía de hecho, sino una actuación conforme al procedimiento legal. No podría ser de otro modo, pues nos se puede

4. Otras sentencias que declaran la existencia de vía de hecho: sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, número 121/2000, de 11 de febrero de 2000, y de 31 de diciembre de 2002, dictada en el recurso 3175/1996; sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2000, dictada en el recurso 7032/1993. Declara la no existencia de vía de hecho: Sentencia

del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 29 de noviembre de 2001, dictada en el Recurso 888/2000; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de marzo de 2004, dictada en el Recurso 843/2000; Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2005, dictada en el Recurso 3504/2002.

probar que algo no existe (*probatio diabólica*), y así lo establece, entre otras, la sentencia de 26 de junio de 2001, en su fundamento de derecho cuarto:

“Lo que aquí se debate es la ocupación de unos terrenos por la vía de hecho. Y lo que el ayuntamiento tenía que probar es que no hubo tal vía de hecho, sino actuación conforme a procedimiento legal. Ni el menor intento ha hecho el ayuntamiento para acreditar esto.”

Por tanto, será la Administración pública que ha realizado una actuación material que afecta los intereses y libertades particulares quien deberá probar la existencia de unos actos administrativos que dieran cobertura a esa actuación y que se hubieran notificado al interesado.

En el recurso podrán solicitarse las medidas cautelares que se consideren precisas, que deberán adoptarse por el órgano judicial, salvo si se aprecia con evidencia que no se dan las circunstancias previstas en el artículo 30, es decir, si la Administración presenta un acto que, aunque sea aparentemente, ampare la actuación material, sin perjuicio que el mismo pueda ser anulado posteriormente. Tampoco se otorgaran las medidas cautelares si pudieran ocasionar perturbación grave a los intereses generales o de tercero, que el juez habrá de ponderar. Hay que tener presente que actuar conforme al procedimiento establecido también es una cuestión de orden público o de interés general, por lo que el juez deberá ponderar en cada situación valorando los diferentes derechos e intereses en juego.

Otra cuestión a considerar es que en el caso de que se desestime el recurso interpuesto contra una actuación material por entender que no ha existido vía de hecho, al haberse actuado en base a un acto que ordena una determinada actuación, pero no su ejecución forzosa, es decir, si la actuación material se apoya en un acto declarativo, pero no ejecutivo. Esta desestimación del recurso por dicho motivo puede comportar una actuación “no recurrible” en la práctica, lo que causaría indefensión al interesado, pues si la resolución inicial ordenaba por ejemplo ejecutar una obra, o abonar una cantidad, la impugnación de dicha orden no comporta la impugnación de una actuación concreta, como un embargo o la ejecución de las obras. Más aún, el particular podría estar de acuerdo, aunque no cumplir el plazo. Si esta actuación no está amparada por otra resolución ejecutiva, sólo puede ser impugnada como vía de hecho, y si no se estima la vía de hecho en base a la existencia de una resolución anterior (que, no olvidemos, no ordenaba la ejecución subsidiaria de unas obras o la realización de un embargo, sólo advertía que podría ocurrir), en la práctica judicial de los particulares y causa indefensión.

Por último, si de la actuación material de la Administración derivan daños al particular, deberán ser resarcidos según los criterios legales de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, de conformidad con los artículos 139 y 146 de la Ley 30/1992.

5. Conclusiones

De lo anterior se deducen las siguientes conclusiones:

1. En virtud del principio de autotutela la Administración pública goza de la prerrogativa de ejecutividad y ejecutoriedad de sus actos sometidos al Derecho administrativo y dictados en ejercicio de sus potestades, siguiendo el procedimiento legalmente establecido.

2. Para ejecutar sus actos mediante una actuación material que limite o afecte derechos de los particulares la Administración pública ha de adoptar previamente una resolución que le sirva de fundamento jurídico.

3. El acto que ordene la ejecución forzosa y que actúe como título ejecutivo precisa de un acto declarativo previo en el que se establezca la obligación concreta.

4. El acto administrativo que sirva de título habilitante ha de ser válido, y por tanto ha de estar adoptado por el órgano competente siguiendo el procedimiento adecuado.

5. La falta de título ejecutivo habilitante convierte en ilegítima la actuación material administrativa, que constituirá una vía de hecho prohibida por el ordenamiento jurídico.

6. Frente a las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho se puede solicitar la tutela judicial mediante el recurso contencioso administrativo, previo requerimiento a la Administración actuante, de conformidad con el artículo 30 de la Ley de esa jurisdicción.

7. Si de la actuación material derivan daños o perjuicios, podrán ejercerse las acciones correspondientes en base a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. ■

CRÓNICA DE QDL JURISPRUDENCIA

La sección “Crónica de jurisprudencia” selecciona sentencias de todos los órdenes jurisdiccionales de interés para quienes actúan en el ámbito local, con el objetivo de coadyuvar a mantener actualizados a los operadores jurídicos locales y de consolidar progresivamente una base de resoluciones jurisprudenciales (que será accesible desde la web de la Fundación Democracia y Gobierno Local), que permitan ayudar a resolver el amplio abanico de cuestiones con las que se enfrentan las administraciones locales. Ello explica que se recojan resoluciones sobre cuestiones cerradas, o aparentemente cerradas, conjuntamente con resoluciones novedosas, por el tema o por la doctrina jurisprudencial, o con resoluciones que confirman líneas jurisprudenciales de dudosa aplicación a la vista de las modificaciones normativas.

El objetivo es hacer la lectura de la jurisprudencia para los operadores jurídicos locales. Una lectura necesariamente sesgada que no debe olvidar que es mucha la información a la que aquellos operadores pueden acceder, que se dirige a atender las necesidades más generales y comunes, y que debe primar las sentencias que sistematizan la doctrina anterior delimitadora de líneas consolidadas de jurisprudencia. Ello conlleva que no se incluyan las resoluciones que no responden a las claves señaladas, y que la sección incluya en el futuro comentarios concretos de sentencias o líneas jurisprudenciales.

La sección se inició a 1 de enero de 2002 (QDL, 0) y en cada número se incluye, con carácter general, la selección de sentencias del período comprendido desde 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 enero de 2005 hasta 30 de abril de 2005, salvo las del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se seleccionan desde el 1 de febrero de 2005 hasta el 31 de mayo de 2005.

La selección de las sentencias y la coordinación de la sección ha sido realizada por Domènec Sibina Tomàs, y la elaboración y redacción de las fichas de las sentencias de los distintos órganos jurisdiccionales, por Eva Arnal Arasa.

A) Jurisdicción constitucional

Tribunal Constitucional. Derecho a la libertad de expresión. Derecho al honor. Insultos vertidos por un concejal durante un Pleno municipal a un empleado municipal

SUPUESTO DE HECHO

Un empleado municipal denunció a un concejal del Ayuntamiento de Fuente de Cantos por las injurias supuestamente cometidas en las declaraciones vertidas por éste en una sesión del Pleno municipal en la que se debatía la futura gestión de una residencia de ancianos en la que ese trabajaba. El concejal mencionado tildó al recurrente de “personajillo”, “cacique” o “lameculos”.

Celebrado el juicio de faltas, el juzgado correspondiente consideró que los hechos integraban una falta de injurias leve, al considerar que “es indudable que se vertieron expresiones gratuitas y superfluas para el ejercicio tanto del derecho de información como de expresión, extravasándolos abiertamente, que atentan contra la reputación social del destinatario”.

Interpuesto un recurso de apelación contra dicha sentencia, éste fue desestimado por la Audiencia Provincial de Badajoz. Contra dicha resolución, el concejal interpuso un recurso de amparo. El Tribunal Constitucional denegó el amparo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal constitucional analizó si las apreciaciones de las resoluciones impugnadas habían desconocido el derecho a la libertad de expresión y de información del demandante de amparo, observando si se había efectuado una delimitación constitucionalmente adecuada de los derechos fundamentales en conflicto.

En relación con los hechos, el Tribunal destacó en primer lugar que “las expresiones controvertidas surgen en el curso de un acto público” (FJ 5). Según el Tribunal, “Ello amplía los límites de la crítica permisible, tanto por la pauta que representa el modo normal en que tales polémicas discurren cuanto por el interés público subyacente, amén de que el denunciante, en su calidad de representante sindical, había, en cierto modo, tomado parte en el debate exponiendo, por escrito, la posición de los trabajadores a los que representaba”. (FJ 5)

Siendo ello así, el Tribunal indicó que “en estos casos, quedan amparadas por las libertades de expresión e información no sólo críticas inofensivas o indiferentes, sino otras que puedan molestar, inquietar o disgustar”. (FJ 5)

Sin embargo, el Tribunal aclaró que “ello no significa en modo alguno que, en atención a su carácter público, dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el artículo 18.1 de la CE garantiza”. (FJ 5)

En este sentido, entrando en el caso enjuiciado, el Tribunal consideró que “Las manifestaciones realizadas en el Pleno municipal por el ahora demandante de amparo constituyen, indudablemente, un ataque a la reputación del entonces director de la Residencia de Ancianos, y no tenían otro objeto que atacar a éste, en cuanto nada tenían que ver con el asunto que en el Pleno se estaba debatiendo, que era la toma de decisión sobre la encomienda o no a la Junta de Extremadura de la gestión de la residencia de ancianos, y no la evaluación del desempeño que su director venía realizando. [...] Fueron simples frases despectivas desconectadas de cualquier razonamiento que las explicase o justificase. El empleado municipal, además, no estaba participando directa y personalmente en el

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 2478/2001
RESOLUCIÓN: 39/2005
FECHA: 28 de febrero de 2005
PONENTE: Roberto García-Calvo y Montiel
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 18.1, 20.1 y 23.2 de la CE
DOCTRINA: Derecho a la libertad de expresión. Derecho al honor. Insultos vertidos por un concejal durante un Pleno municipal a un empleado municipal (FJ 5)

debate en cuanto, como es obvio, no formaba parte del Pleno”. (FJ 5)

Por lo expuesto, el Tribunal entendió que “es claro que los epítetos empleados constituyeron un ejercicio desmesurado y exorbitante de la libertad de expresión”, lo que le llevó a desestimar la demanda de amparo.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el alcance del derecho a la libertad de expresión, ver las siguientes sentencias: STC 105/1990, de 6 de junio (Aranzadi 1990/105); STC 171/1990, de 12 de noviembre (Aranzadi 1990/171); STC 172/1990, de 12 de noviembre (Aranzadi 1990, 172); STC 223/1992, de 14 de diciembre (Aranzadi 1992/223); STC 4/1996, de 16 de enero (Aranzadi 1996/4); STC 57/1999, de 12 de abril (Aranzadi 1999/57); STC 110/2000 (Aranzadi 2000/110); STC 112/2000 (Aranzadi 2000/112); STC 85/1992, de 8 de junio (Aranzadi 1992/85) (FJ 4); STEDH, de 7 de diciembre de 1976 (TEDH 1976/6), § 24 [Handyside c. Reino Unido], y STEDH de 8 de julio de 1986 (TEDH 1986/8), § 41 [Lingens c. Austria]; STC 11/2000, de 17 de enero (Aranzadi 2000/11).

Sobre la limitación del derecho a la libertad de expresión por el derecho al honor, ver las siguientes sentencias: STC 190/1992 (Aranzadi 1992/190) (FJ 5); STC 105/1990 (FJ 8); STC 336/1993, de 15 de noviembre (Aranzadi 1993/336) (FJ 5 a); STEDH caso Lingens, de 8 de julio de 1986, §§ 41, 43 y 45, y caso Bladet Tromso y Stensaas, de 20 de mayo de 1999 (TEDH 1999/22), §§ 66, 72 y 73); STC 232/2002, de 9 de diciembre (FJ 4); STC 297/2000, de 11 de diciembre (Aranzadi 2000/297) (FJ 7); STC 49/2001, de 26 de febrero (Aranzadi 2001/49) (FJ 5); y STC 76/2002, de 8 de abril (Aranzadi 2002/76) (FJ 2).

Sobre la exclusión del alcance del artículo 20.1.a) de la CE de expresiones “ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate”, ver las siguientes sentencias: STC 107/1988, de 8 de junio (Aranzadi 1988/107); STC 1/1998, de 12 de enero (Aranzadi 1998/1); STC 200/1998, de 14 de octubre (Aranzadi 1998/200); STC 180/1999, de 11 de octubre (Aranzadi 1999/180); STC 192/1999, de 25 de octubre (Aranzadi 1999/192); STC 6/2000, de 17 de enero (Aranzadi 2000/6); STC 110/2000, de 5 de mayo (Aranzadi 2000/110); STC y 49/2001, de 26 de febrero (Aranzadi 2001/49); STC 204/2001, de 15 de octubre (Aranzadi 2001/204) (FJ 4).

En materia de injurias, ver las siguientes sentencias: STC 127/2004, de 19 de julio (Aranzadi 2004/127); STC 2/2001, de 15 enero (Aranzadi 2001/2).

Sobre el derecho a participar en asuntos públicos en relación con el derecho a la libertad de expresión, ver la siguiente sentencia: STC 136/1999, de de 20 julio (Aranzadi 1999/136).

Tribunal Constitucional. Derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales. Inadmisión de un recurso contencioso administrativo por interposición extemporánea del mismo

SUPUESTO DE HECHO

El Consejo de Gobierno de Cantabria desestimó el recurso de alzada interpuesto por una empresa constructora contra la resolución del consejero de Industria, Turismo, Trabajo y Comunicaciones por el que se la sancionaba con una multa de 10.000.000 pesetas como responsable de una infracción de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales. Tras ello, la empresa constructora interpuso un recurso contencioso-administrativo. Oídas las partes, el juzgado de lo contencioso-administrativo declaró su falta de competencia para conocer del proceso, por entender que correspondía a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Tras ello, el demandado se personó ante el Tribunal Superior de Justicia, que inadmitió el recurso por extemporáneo, al haber transcurrido el plazo legal de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo establecido por el artículo 46.1 de la LJCA, contados desde que a la demandante le fue notificada la resolución recurrida hasta que las actuaciones procesales se remitieron a la Sala por el juzgado de lo contencioso-administrativo. El Tribunal Superior de Justicia consideraba que las reglas de competencia del artículo 10 de la LJCA eran claras y se evidenciaba una "actuación procesalmente negligente del administrado, cuyas negativas consecuencias debe soportar quien por razones que se desconocen y que no han sido en ningún momento alegadas o esgrimidas en el trámite que esta Sala le ha concedido a estos efectos, que pudiera arrojar luz acerca de las razones que han motivado tan inidónea interposición del recurso contencioso-administrativo, ha acudido de forma extemporánea ante esta Sala, transcurriendo el plazo legal de dos meses establecido en el artículo 46 de la Ley jurisdiccional". El demandado interpuso un recurso de súplica contra el auto de inadmisión, siendo éste desestimado.

Tras ello, el demandado interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, al considerar que las resoluciones judiciales de inadmisión le habían producido una lesión de sus derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a la defensa y a la presunción de inocencia, así como el principio de conservación de las actuaciones judiciales practicadas, el principio *pro actione* y los de legalidad y seguridad jurídica.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, al considerar que se había producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal se centró en analizar si se había producido "la privación de su derecho a obtener una decisión judicial sobre el fondo de sus pretensiones procesales". En relación con el contenido de dicho derecho, el Tribunal declaró que:

"las resoluciones judiciales que cierran el acceso a la jurisdicción y, por tanto, impeditivas de la obtención de una primera respuesta judicial sobre el fondo de los derechos e intereses sometidos a tutela, despliega su máxima eficacia el principio *pro actione*, exigiéndose por su virtud que los órganos judiciales, cuando interpreten los requisitos procesales legalmente

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 820/2003

RESOLUCIÓN: 44/2005

FECHA: 28 de febrero de 2005

PONENTE: Pascual Sala Sánchez

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24 de la CE, y artículo 7.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA)

DOCTRINA: Derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales. Inadmisión de un recurso contencioso administrativo por interposición extemporánea del mismo (FJ 3, 5 y 6)

previstos, tengan presente la ratio de la norma con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad." (FJ 3)

Por su parte, el Tribunal añadió lo siguiente:

"Es la caducidad de la acción una de las causas legales impeditivas de un pronunciamiento sobre el fondo y, como tal presupuesto procesal establecido en aras del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE), no vulnera en sí mismo el derecho a la tutela judicial efectiva siempre que el legislador habilite unos plazos suficientes y adecuados en orden a hacer valer los derechos e intereses legítimos ante los tribunales, de manera que su tutela no resulte imposible por insuficiencia del plazo concedido al efecto." (FJ 3)

A continuación, el Tribunal se remitió a lo declarado anteriormente con relación al alcance constitucional que debía tener el artículo 7.8 de la CE, precepto que, según declaró el Tribunal "para el caso de una declaración judicial de incompetencia establece —entre otras— la previsión de que se remitan las actuaciones al órgano de la jurisdicción que se estime competente 'para que ante él siga el curso del proceso'."

Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"artículo 7.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio —como uno de los expedientes que el ordenamiento ofrece para propiciar la rectificación o subsanación de los defectos de que puedan estar aquejados los actos procesales y con el que se hace posible la reorientación del recurso interpuesto ante el órgano incompetente hacia el que ostente la competencia—, en tal sentido expresa un principio de favorecimiento de la acción y de conservación de los actos procesales, que resulta inherente, desde luego, al derecho enunciado en el artículo 24.1 de la CE." (FJ 5)

Por su parte, y en relación con el alcance de los derechos del artículo 24 de la CE, el Tribunal advirtió que "los derechos del artículo 24.1 de la CE (RCL 1978, 2836) no pueden ser invocados con éxito 'para hacer buenas conductas negligentes o contrarias, de otro modo, a la colaboración que a todos es exigible en

la mejor marcha del proceso', que queda comprometida cuando los recurrentes, sin razón discernible, hacen caso omiso o un uso fraudulento de la indicación que sobre el órgano judicial ha hecho la Administración, siendo aquí que la Sala de Cantabria atendió a la 'claridad' y a la 'corrección' del pie de recurso ofrecido por la Administración a la demandante o a que ésta tuvo la preceptiva asistencia de letrado para inferir que acudió 'de forma voluntaria y consciente ante un órgano cuya incompetencia previamente conoce.'" (FJ 5)

Sin embargo, dicho lo anterior, el Tribunal aclaró que:

"las declaraciones que sobre la recurribilidad de sus actos hacen las administraciones públicas carecen de fuerza vinculante y pueden ser razonablemente discutidas por los administrados." (FJ 5)

Finalmente, acerca del contenido del artículo 7.3 de la LJCA el Tribunal advirtió lo siguiente:

"ni el artículo 8.3 de la Ley jurisdiccional de 1956 ni el vigente artículo 7.3 de la Ley 29/1998 recogen expresamente excepción o condición alguna al mandato de que, una vez declarada judicialmente por auto la falta de la propia competencia, el curso del proceso contencioso-administrativo ha de continuar ante el órgano considerado como competente. En efecto, el artículo 7.3 de la LJCA impone de modo taxativo la remisión 'al órgano de la jurisdicción que se estime competente para que ante él siga el curso del proceso'. Así pues, el criterio que contienen los autos impugnados, además de carecer de soporte legal concreto, es contrario a la literalidad del artículo 7.3 de la LJCA que ordena seguir el curso del proceso." (FJ 5)

Lo anterior llevó al Tribunal a la siguiente conclusión:

"no es constitucionalmente admisible que la Sala de Cantabria considere como fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo la del recibimiento del mismo en ella, y no la de la interposición ante el juzgado de lo contencioso-administrativo, porque tal criterio carente de fundamento legal alguno y contrario al principio *pro actione* condujo a que la demandante fuera privada de su derecho de acceder al proceso, contenido primario del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE." (FJ 6)

En consecuencia, el Tribunal estimó la petición de amparo del demandante y declaró la nulidad de las resoluciones impugnadas, por considerar que vulneraban el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En el mismo sentido, acerca del alcance constitucional que debe tener el artículo 7.8 de la LJCA, ver la siguiente sentencia: STC 78/1991, de 15 de abril (Aranzadi 1991/78).

Proclamando la eficacia del principio *pro actione*, ver las siguientes sentencias: STC 63/1999, de 26 de abril (Aranzadi 1999/63) (FJ 2); STC 158/2000, de 12 de junio (Aranzadi 2000/158); (FJ 5); STC 252/2000, de 30 de octubre (Aranzadi 2000/252) (FJ 2); STC 72/2002, de 8 de abril (Aranzadi 2002, 72) (FJ 2); STC 188/2003, de 27 de octubre (Aranzadi 2003/188) (FJ 4); STC 219/2003, de 15 de diciembre (Aranzadi 2003/219) (FJ 2); STC 220/2003, de 15 de diciembre (Aranzadi 2003/220) (FJ 3); STC 142/2004, de 13 de septiembre (Aranzadi 2004/142) (FJ 2), entre otras.

Tribunal Constitucional. Derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales. Inadmisión de un recurso contencioso administrativo por interposición extemporánea del mismo

SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de un juzgado de lo contencioso-administrativo de Castellón por el que se declaraba la extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo abreviado, deducido contra una resolución del director general de Trabajo y Seguridad Laboral de la Consejería de Economía, Hacienda y Ocupación, confirmatoria de la dictada por el director territorial de la Consejería de Empleo de Castellón, mediante el cual se impuso al demandante una sanción de 3.005,06 euros.

El Tribunal estimó la demanda de amparo, declarando vulnerado el derecho de la entidad recurrente a la tutela judicial efectiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Según advirtió el Tribunal, la resolución impugnada había desestimado el recurso al haber sido presentada la demanda un día después del vencimiento del plazo de dos meses señalado por el artículo 46 de la LJCA. Sin embargo, el Tribunal advirtió que la recurrente había planteado el recurso al amparo de lo establecido por el artículo 135.1 de la LEC, que permite la presentación de los escritos sujetos a plazo hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo. Sin embargo, la decisión judicial impugnada consideró que dicho precepto no era supletoriamente aplicable en la jurisdicción contencioso-administrativa, al entender que la LJCA contenía una ordenación precisa y completa al respecto, estableciendo una improrrogabilidad de los plazos cuando se trata de preparar e interponer recursos.

A continuación, el Tribunal se refirió al alcance que debía tener su resolución, advirtiendo que "no corresponde a este

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 2263/2003

RESOLUCIÓN: 64/2005

FECHA: 14 de marzo de 2005

PONENTE: Guillermo Jiménez Sánchez

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24 de la CE, y artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA)

DOCTRINA: Derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales. Inadmisión de un recurso contencioso administrativo por interposición extemporánea del mismo (FJ 3 y 4)

Tribunal, sino a la jurisdicción ordinaria, efectuar un pronunciamiento general acerca de si el artículo 135.1 de la LECiv es o no aplicable con carácter supletorio en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, y mucho menos compete al ámbito propio de la jurisdicción constitucional establecer un catálogo de los distintos supuestos de escritos sujetos a plazo contemplados en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa", añadiendo que "Lo que nos es propio, [...] es tan sólo decidir si la interpretación y la aplicación de las normas reguladoras de la causa de inadmisión aplicada por los órganos judiciales fueron respetuosas con el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo o si, por el contrario, fueron efectuadas de manera formalista y con un rigor desproporcionado en rela-

ción con los fines que se tratan de proteger con el establecimiento legal de la causa de inadmisión aplicada”. (FJ 3)

Sentado lo anterior, y analizando la valoración de la resolución impugnada, el Tribunal consideró que “la argumentación empleada para declarar extemporánea la interposición del recurso contencioso-administrativo parte de unos presupuestos que, considerados como hechos, son distintos a los que concurrían en el caso concreto contemplado”. (FJ 4)

En este sentido, según indicó el Tribunal, la resolución impugnada argumentaba que el artículo 128 de la LJCA establecía que los plazos son improrrogables cuando se trata de preparar e interponer recursos. Sin embargo, al respecto el Tribunal consideró que “la norma en él contenida no es de aplicación al caso sometido a nuestro enjuiciamiento, por cuanto lo que en él se regula es la improrrogabilidad de los plazos procesales, cuestión ajena a la aquí suscitada, que se refiere, en correcto rigor técnico, a un problema relativo a la posibilidad de disponer en su integridad del plazo legalmente establecido, y no a la de la prórroga de aquél del que goza el recurrente”.

En segundo lugar, se hacía referencia “a la sencillez del escrito del interposición del recurso contencioso-administrativo”. Sin embargo, al respecto el Tribunal consideró que “Tampoco este argumento justifica el rigor interpretativo y aplicativo empleado por los órganos judiciales”, señalando asimismo que “no cabe desconocer que el proceso contencioso-administrativo del que este recurso de amparo trae causa no se iniciaba mediante un sencillo escrito de interposición, sino mediante una demanda en la que ya se ejercitaban conjuntamente la acción y las pretensiones concretamente esgrimidas ante el órgano judicial, lo cual determina que la argumentación judicial empleada se refiera a bases fácticas distintas a las efectivamente concurrentes”. (FJ 4)

Asimismo, el Tribunal añadió que “las resoluciones judiciales afirman apodícticamente que la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa contiene ‘una regulación específica y completa que impide acudir a esa legislación supletoria’ [...], pero no ofrecen una respuesta a cómo y dónde el demandante, en aplicación de esa pretendidamente completa regulación de la materia, debería haber presentado la demanda fuera del horario ordinario en el que permanece abierto el Registro para preservar su derecho a disponer del plazo en su integridad”. (FJ 4)

En virtud de lo anterior, el Tribunal consideró que “mediante una argumentación que no supera el canon de razonabilidad por argumentar a partir de unos presupuestos inexistentes, los órganos judiciales han impedido a la demandante de amparo disponer de la integridad del plazo establecido legalmente para la impugnación jurisdiccional de la resolución administrativa, vulnerándose así el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y queda fuera de nuestra jurisdicción pronunciarnos sobre la adecuación o no a la Constitución de una solución hipotética a la cuestión de legalidad ordinaria planteada que los órganos judiciales, en el concreto supuesto sometido a nuestro enjuiciamiento, no han proporcionado”. (FJ 4)

En consecuencia, el Tribunal estimó la demanda interpuesta, por considerar vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva, reestableciendo al demandante de amparo en la integridad de su derecho y declarando nulas las resoluciones impugnadas, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la última resolución.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el alcance de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, ver la siguiente sentencia: STS de 28 de abril de 2004 (Aranzadi 2004/2510).

Tribunal Constitucional. Expropiación forzosa. Legitimidad de las expropiaciones *ope legis*

SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias planteó una cuestión de inconstitucionalidad con respecto a la Ley del Parlamento de Canarias 2/1992, de 26 de junio, sobre declaración de utilidad pública de la expropiación forzosa de varios edificios, para proceder a la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias, por su posible contradicción con el artículo 33.3 de la CE.

Dicha cuestión traía causa de los autos acumulados correspondientes a los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la arrendataria de un local de negocio afectada por el procedimiento expropiatorio abierto por la ley autonómica cuestionada y de los propietarios de varios inmuebles objeto de expropiación, contra el Decreto del Gobierno Canario 142/1993, de 30 de abril, por el que se declaraba urgente la ocupación de los bienes y derechos afectados por la expropiación forzosa mencionada. Ambos demandantes solicitaban en su demanda el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra la ley autonómica mencionada. El Tribunal Superior de Justicia de Canarias acordó plantear la cuestión de constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional estimó parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad planteada, declarando inconstitucional y nulo el primer artículo de la Ley canaria 2/1992, en la medida en que determinaba la concreta necesidad de ocupación de los edificios a los que se ha hecho referencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal analizó el contenido de los dos artículos de la Ley canaria. Según señaló, en el primero de ellos

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Pleno.
Jurisdicción constitucional. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 48/1998
RESOLUCIÓN: 48/2005
FECHA: 3 de marzo de 2005
PONENTE: María Emilia Casas Baamonde
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 33.3 de la CE
DOCTRINA: Expropiación forzosa. Legitimidad de las expropiaciones *ope legis* (FJ 1, 3, 4, 5, 6 y 7)

“se declara de utilidad pública la expropiación forzosa de los edificios [...] según el parcelario de la manzana que se incorpora como anexo”, mientras que el segundo “habilita al Gobierno de Canarias para que, a instancia de la Mesa del Parlamento de Canarias, previa audiencia de la Junta de Portavoces, declare la utilidad pública de otros inmuebles colindantes al de la sede de la Cámara, a los efectos de su ampliación”. (FJ 1)

Según señaló el Tribunal, “Las dudas sobre la constitucionalidad de la Ley cuestionada aparecen circunscritas a su compatibilidad con el artículo 33.3 de la CE, considerando expresamente el Auto de planteamiento de la cuestión que la problemática jurídica relativa a si las leyes expropiatorias contradicen el artículo 24.1 de la CE ‘ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional, si bien con votos particulares de magistrados disidentes’” (FJ 1).

En relación con el caso estudiado, el Tribunal aclaró que el análisis de la Ley 2/1992 se debía centrar en su artículo primero, en la medida en que “indudablemente existe una relación de dependencia o un nexo causal ‘lógico y directo’ entre el pronunciamiento sobre la validez del indicado precepto legal y el que ha de dictar el órgano judicial en los procesos contenciosos-administrativos *a quibus*”, cosa que no sucedía con el segundo artículo, pues, según el Tribunal “no resulta en modo alguno aplicable para la resolución de aquellos recursos”. (FJ 3)

A continuación, el Tribunal consideró conveniente “referirse a la configuración constitucional del instituto expropiatorio”, analizando la evolución de la expropiación forzosa como límite del derecho a la propiedad privada. Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

“La potestad expropiatoria, [...] viene considerándose función administrativa encomendada, consiguientemente, a los órganos de la Administración, aunque ello ha dejado de ser obstáculo alguno para que se admita por las razones ya expuestas, que el legislador ejercite singularmente esa potestad cuando lo justifique una situación excepcional y ello es perfectamente trasladable a nuestra Constitución, la cual no establece reserva de la materia de expropiación a favor de la Administración.”

Por ello, según el Tribunal, “no puede abrigarse duda, desde el punto de vista formal, que las expropiaciones *ope legis* son, en cuanto leyes singulares, constitucionalmente legítimas, si bien, requieren, por ser expropiatorias, que respeten las garantías del artículo 33.3 de la Constitución” (FJ 3).

A continuación, en relación con el contenido del artículo 33.3 de la CE, el Tribunal señaló que “en tanto que garantía de la propiedad privada frente al poder expropiatorio de los poderes públicos, el artículo 33.3 de la CE establece un triple aseguramiento: 1) Toda operación expropiatoria debe efectuarse en función de una *causa expropriandi*, esto es, debe estar dirigida a la realización de un fin de utilidad pública o interés social; 2) Los expropiados tienen derecho a percibir la correspondiente indemnización; y 3) La expropiación debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en las leyes” (FJ 4).

Seguidamente, el Tribunal se refirió al contenido del protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 20 de marzo de 1952, ratificado por España en noviembre de 1990, “formulando una reserva a su artículo primero en virtud de la cual establece que su aplicación ha de efectuarse a la luz del artículo 33 de nuestra Constitución, que no afecta al presente caso de expropiación por razones de utilidad pública posterior a la fecha del depósito del Instrumento de ratificación”. El artículo primero del convenio “reconoce el derecho de toda persona física o moral al respeto de sus bienes y prescribe que ‘nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del Derecho Internacional’”, y prevé en su párrafo segundo que “las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los estados de poner en vigor las leyes que juzgen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas” (FJ 4).

En relación con lo previsto por el artículo primero, el Tribunal recordó que, según ha advertido el TEDH, “enuncia el principio de respeto a la propiedad”, “se refiere a la privación de la propiedad y la somete a ciertas condiciones” y “reconoce a los estados contratantes el poder, entre otros, de reglamentar el uso de bienes conforme al interés general” (FJ 4).

Dicho lo anterior, el Tribunal señaló que las dudas de constitucionalidad se centraban en la tercera de las garantías mencionadas. Sobre dicha garantía, el Tribunal señaló que “se establece en beneficio de los ciudadanos y tiene por objeto proteger

sus derechos a la igualdad y seguridad jurídica, estableciendo el respeto y sumisión a normas generales de procedimiento legalmente preestablecidas, cuya observancia impida expropiaciones discriminatorias o arbitrarias” (FJ 5).

A continuación, a propósito de las leyes expropiatorias singulares, el Tribunal declaró que “están constreñidas a supuestos estrictamente excepcionales, frente a los que no resulta posible responder mediante el sistema expropiatorio general contenido en las leyes generales” (FJ 5).

Asimismo, el Tribunal declaró a continuación que:

“las leyes singulares de expropiación inciden ‘sobre el derecho a la tutela judicial de la propiedad, que el artículo 24.1 de la misma Constitución garantiza a los propietarios’. Por ello es obligado cuestionarse si, [...] entre las garantías expropiatorias se incluye el derecho a que los intereses afectados sean en todo caso tutelables por los tribunales ordinarios y sólo por ellos, con exclusión de otras jurisdicciones no judiciales. Por esta vía se vendría a excluir una posibilidad que el artículo 33.3 de la CE, en sí mismo, no impide: que alguna de las fases del procedimiento expropiatorio se lleve a cabo mediante normas con rango de ley, dado que este tipo de normas son accesibles a un control judicial limitado, por cuanto un juicio de constitucionalidad negativo sólo puede llevar al juez ordinario a plantear una cuestión de inconstitucionalidad, en cuya sustanciación no tiene intervención (inmediata) el particular afectado.” (FJ 6)

Asimismo, el Tribunal destacó que:

“[el afectado] no podría invocar ante la jurisdicción la existencia de otros bienes capaces de proveer a la necesidad del expropiante en la misma o mejor medida que los que el legislador ha señalado como objeto de expropiación, y ello aun cuando en la Ley misma se admitiera la existencia de tales otros bienes. Si ello es así, habrá de concluirse que la intervención legislativa en un procedimiento expropiatorio sólo es aceptable en la medida en que los intereses y derechos afectados no vean disminuida con ello, de manera sustancial, su tutela jurisdiccional –importando sólo que se trate de una tutela material y, por tanto, con independencia de que sea administrada por la jurisdicción ordinaria o por la constitucional.” (FJ 6)

“En otras palabras, un acto legislativo expropiatorio sólo será constitucionalmente admisible si el control jurisdiccional que admiten las normas con rango de ley (recurso directo, cuestión y autocuestión de inconstitucionalidad; esta última previo amparo) es suficiente, en cada caso, para brindar una tutela materialmente equivalente a la que puede dispensar frente a un acto administrativo un juez de lo contencioso [...]. Esta necesaria correspondencia entre las posibilidades de defensa de los derechos e intereses legítimos, por un lado, y el instrumental que para su ejercicio efectivo puede dispensarse en los procedimientos de control de constitucionalidad de la ley, por otro, delimita el umbral de las circunstancias excepcionales que justifican la figura de la Ley expropiatoria singular.” (FJ 6)

Volviendo al caso estudiado, el Tribunal valoró si se daban las circunstancias que justificasen la figura de la Ley expropiatoria singular concluyendo que:

“no son de apreciar circunstancias de esa especie. Se trata de un supuesto perfectamente común en el que, no pudiendo alcanzar un acuerdo con la propiedad de unos inmuebles para su adquisición por compraventa, el poder público recurre al expediente de su expropiación forzosa por medio de una ley singular.” (FJ 6)

Por su parte, el Tribunal consideró que:

“de no venir justificada por circunstancias excepcionales, la Ley recurrida ofrece una estructura y contenido que no permiten que la defensa de los derechos e intereses de los particulares expropiados pueda satisfacerse en esta sede sin perjuicio de su contenido material ni menoscabo de la naturaleza propia de nuestra jurisdicción.” (FJ 7)

Llegado a este punto, el Tribunal consideró que había que examinar, por una lado, “la definición de la *causa expropriandi* verificada por la Ley” y, por otro, “la declaración de la necesidad de ocupación de los tres concretos inmuebles incluidos en su artículo 1”, si bien advirtió que “para emitir un juicio fundado sobre la posible arbitrariedad o desproporción de la declaración de necesidad de ocupación de los edificios [...] son precisos elementos de evaluación que resultan impropios de la jurisdicción de este Tribunal Constitucional” (FJ 7).

En relación con la proporcionalidad de la medida, el Tribunal indicó que, como ha declarado el TEDH, “para toda medida de privación de propiedad debe existir una proporción razonable entre los medios empleados y el fin perseguido” (FJ 7).

Finalmente, en cuanto al precepto que dio lugar al recurso, el Tribunal declaró lo siguiente:

“los bienes en cuestión no son los únicos que podrían permitir eventualmente la ampliación de la referida sede, [...] atendido el dato de que el propio legislador canario viene a admitir la existencia de otros inmuebles también idóneos, [...]. Partiendo de esta realidad y de la circunstancia de que la ley autonómica analizada contiene una medida expropiatoria de naturaleza singular de ciertos derechos patrimoniales, sería indispensable para verificar su necesidad una justificación específica que ni la Ley ofrece por sí ni este Tribunal puede determinar en un juicio sobre aquella realidad fáctica, cuya sede propia es la de la jurisdicción ordinaria.” (FJ 7)

En consecuencia, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“Dado, por un lado, que la realidad de los hechos demuestra que el legislador autonómico disponía de una pluralidad de edificios [...] para conseguir hacer efectiva la ampliación de la sede parlamentaria y, dado, por otro, que ha seleccionado exclusivamente algunos de ellos, excluyendo los otros, sin ofrecer ningún motivo que justifique de manera razonable tal decisión, ni

pudiendo nosotros deducirlo a partir del contraste de unos y otros en punto a su idoneidad para el fin de la expropiación, pues para ello sería preciso un examen de la realidad fáctica que tiene mejor acomodo en el marco de la prueba practicable en un procedimiento judicial, debe concluirse que la declaración de la necesidad de ocupación de los edificios [...] no puede satisfacer, en el marco de nuestra jurisdicción, el juicio de necesidad connatural al principio de proporcionalidad.” (FJ 7)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad, declarando inconstitucional y nulo el artículo primero de la Ley canaria 2/1992.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el contenido del artículo 1 del Protocolo adicional al de la CEDH en cuanto a la protección de la propiedad privada, ver la siguiente sentencia: STEDH de 21 de febrero de 1986 (TEDH 1986/2).

También en relación con el artículo 1 de dicho protocolo, ver las siguientes sentencias: STEDH Iatridis contra Grecia de 5 de marzo de 1999 (TEDH 1999/13), ap. 55; STEDH Malama contra Grecia de 1 de marzo de 2001 (TEDH 2001/202), ap. 41; STEDH Satka y otros contra Grecia de 27 de marzo de 2003 (TEDH 2003/58249) ap. 44; y STEDH Pincová y Pinc contra República Checa, de 5 de noviembre de 2002 (TEDH 2003/48433), ap. 43.

Sobre la vinculación de la potestad expropiatoria al justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y las de protección de los derechos fundamentales del individuo, ver la siguiente sentencia: STEDH de 23 de septiembre de 1982 (TEDH 1982/5).

Sobre la evolución del instituto expropiatorio en cuanto límite excepcional del derecho a la propiedad privada, ver la siguiente sentencia: STC de 19 de diciembre de 1986 (Aranzadi 1986/166).

Tribunal Constitucional. Imposibilidad de llevar a cabo el examen de las actuaciones por un nuevo letrado. Derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales. Derecho de defensa

SUPUESTO DE HECHO

Un particular interpuso un recurso contencioso-administrativo, obteniendo el beneficio de justicia gratuita. Pretendió recurrir en casación la sentencia que dio fin a dicho procedimiento, presentando a tal fin el letrado que había actuado en la instancia el correspondiente escrito de preparación, pero, al no estar éste habilitado para actuar como defensor de oficio ante el Tribunal Supremo, se solicitó el nombramiento de un abogado y procurador para la interposición del recurso en Madrid. El Tribunal Supremo declaró desierto el recurso, si bien dejó sin efecto dicha declaración tras comprobar un error en el Colegio de Abogados de Madrid, personándose tras ello el letrado correspondiente, que solicitó que se le tuviera por personado y se reactivase el procedimiento. En la resolución por la que se dejaba sin efecto el auto por el que se declaraba desierto el recurso, el Tribunal indicó que restaban once días para la finalización del plazo para la interposición del recurso. Contra dicho auto, el recurrente interpuso un recurso de súplica, solicitando la concesión de un nuevo plazo, alegando que las dilaciones sufridas en la tramitación del recurso no eran en modo alguno imputables a la parte, indicándose que el letrado director de la casación no conocía el fondo del asunto, en la medida en que no había participado en el recurso originario y que no se había podido instruir por cuanto nunca había llegado a ver las actuaciones con anterioridad a la finalización de dicho plazo.

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 6048/2000

RESOLUCIÓN: 127/2005

FECHA: 23 de mayo de 2005

PONENTE: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24.1 de la CE, y artículo 1708 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 (LEC/1881)

DOCTRINA: Imposibilidad de llevar a cabo el examen de las actuaciones por un nuevo letrado. Derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales. Derecho de defensa (FJ 3 y 5)

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de súplica, declarando desierto el recurso. Contra dicho auto, el recurrente suscitó un incidente de nulidad de actuaciones, siendo ésta denegada nuevamente, al considerar el Tribunal que el auto no era susceptible de recurso de súplica por cuanto “era susceptible de recurso de súplica en el plazo legal de cinco días, sin que quepa entonces acudir al incidente de nulidad de actuaciones”.

Finalmente, el recurrente interpuso un recurso de amparo invocando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su dimensión de acceder a los recursos legalmente procedentes, alegándose que la decisión de conceder su defensa sólo en el plazo de once días para interponer recurso de casación, sin tener en cuenta que el letrado no había intervenido en la instancia y que, al mismo tiempo que se concedía dicho plazo, se reclamaban los autos de la Sala *a quo*, de los que no se dispuso hasta después de su vencimiento, le había causado una clara indefensión, además de suponer un incumplimiento de la previsión legal establecida en el artículo 1708, regla 6, de la LEC/1881.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con el fondo del asunto, el Tribunal matizó en primer lugar que, si bien el recurrente centraba su demanda nominalmente en la vulneración de su derecho a los recursos legalmente establecidos, había que entender que la queja se situaba en un momento previo, en la medida en que lo que realmente se denunciaba era la indefensión que se había generado como consecuencia de la falta de oportunidad de examinar las actuaciones.

Dicho lo anterior, el Tribunal se refirió a la relación del derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos para litigar (artículo 119 de la CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), declarando que “el artículo 119 de la CE consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 de la CE, pues ‘su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar” (FJ 3).

Por tanto, según el Tribunal, “Existe, por consiguiente, un ‘contenido constitucional indisponible’ para el legislador que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar” (FJ 3).

El demandante alegaba, junto con el Ministerio Fiscal, que el órgano judicial debió aplicar el artículo 1708, regla 6, de la

LEC/1881 y otorgar un plazo no inferior a veinte días, contados desde el siguiente a aquel en que se dispusiera de las actuaciones. En este sentido, el Tribunal reconoció que:

“ciertamente, la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 no contiene un precepto similar que contemple supuestos como el presente, en que, por actuar un letrado del turno de oficio en casación distinto del que actuó en defensa de los intereses del recurrente en la instancia, se hace necesario una previsión de esta naturaleza.” (FJ 5)

A continuación, el Tribunal señaló que:

“la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 (LEG 1881, 1) en su artículo 1708 regulaba ‘el régimen de la representación y defensa del recurrente que gozase de la situación legal de la justicia gratuita’, disponiendo en la regla sexta que ‘En los casos en que el recurso de casación fuere interpuesto por el letrado designado en turno de oficio, tendrá siempre un plazo no inferior a los veinte días, contados desde el siguiente a aquel en que se disponga de las actuaciones para hacerlo, interrumpiéndose, si es necesario, a tal fin, el plazo de los cuarenta días fijados en el emplazamiento.’” (FJ 5)

Lo anterior llevó al Tribunal a pensar que el auto por el que se dejaba sin efecto el auto por el que declaraba desierto el concurso había vulnerado la proscripción de indefensión del artículo 24.1 de la CE. En consecuencia, el Tribunal otorgó el amparo solicitado, reconociendo el derecho a no padecer indefensión y anulando dicho auto y los posteriores (desestimatorios del recurso de súplica y del incidente de nulidad de actuaciones, respectivamente), retrotrayendo los efectos al momento anterior al pronunciamiento mencionado.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la relación entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva, ver las siguientes sentencias: STC 183/2001, de 17 de septiembre (Aranzadi 2001/183); STC 95/2003, de 22 de mayo (Aranzadi 2003/95); SSTC 16/1994, de 20 de enero (Aranzadi 1994/16) (FJ 3) y STC 117/1998, de 2 de junio (Aranzadi 1998/117) (FJ 3); STC de 13 de octubre de 2003 (Aranzadi 2003/180).

Tribunal Constitucional. Derecho fundamental a la igualdad ante la ley. Derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales. Falta de impugnación de un acto de trámite

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz publicó la convocatoria para un proceso selectivo dirigido a la contratación de dos técnicos superiores, publicando al cabo de unos días la lista provisional de los candidatos admitidos, entre los que se encontraba C. Posteriormente fue publicada la lista definitiva de admitidos, entre los que figuraba C, como consecuencia de la aportación por el mismo de una certificación acreditativa de un mínimo de créditos universitarios de formación de postgrado en ciertas materias. Finalmente se hicieron públicas las puntuaciones finales correspondientes a los candidatos que habían superado el proceso selectivo. Una candidata solicitó el acceso de la certificación mencionada y, considerando que la misma no cumplía los requisitos marcados en las bases, interpuso un recurso administrativo, siendo éste desestimado. Tras ello, la candidata mencionada interpuso un recurso contencioso-administrativo. El órgano judicial correspondiente desestimó el recurso por considerar que la recurrente no tenía ningún interés en la causa, por cuanto había quedado en tercera posición y aunque C fuera privado de lo conseguido, ella sólo pasa-

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera.

Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 4883/2001

RESOLUCIÓN: 132/2005

FECHA: 23 de mayo de 2005

PONENTE: Manuel Aragón Reyes

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 14 de la CE y 24 de la CE

DOCTRINA: Derecho fundamental a la igualdad ante la ley. Derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales. Falta de impugnación de un acto de trámite (FJ 3 y 4)

ría a ocupar el segundo puesto. Por otro lado, se señaló que la recurrente en su momento no recurrió las listas definitivas de admitidos y excluidos, de modo que únicamente se estaba ante un acto confirmatorio y reproducción de uno anterior. Frente a dicha resolución, la candidata interpuso un recurso de apela-

ción, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Contra dicha resolución, la candidata interpuso un recurso de amparo, al considerar que la misma vulneraba el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, el principio de igualdad en la aplicación de la Ley y el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, por entender que se había producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con la vulneración del principio de igualdad ante la ley, la recurrente aportó como término de contraste una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sin embargo, el Tribunal consideró que “los supuestos de hecho enjuiciados por una y otra resolución presentan diferencias lo suficientemente significativas para considerar que no se cumple en el caso concreto ahora analizado el requisito relativo a que los supuestos de hecho enjuiciados por la resolución judicial impugnada y la de contraste sean sustancialmente iguales” (FJ 3).

A continuación, el Tribunal analizó la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sobre el que el Tribunal afirmó que se erige como elemento esencial del mismo “una resolución razonable, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes”.

Al respecto, el Tribunal se centró en analizar la constitucionalidad de la causa de desestimación de la sentencia de apelación, señalando que “La causa de desestimación (realmente de inadmisión) del recurso contencioso-administrativo del que trae causa este proceso constitucional es la apreciación de que se impugna un acto firme y consentido, como sería el listado definitivo de admitidos y excluidos del proceso selectivo” (FJ 4).

En relación con la causa de desestimación esgrimida por la sentencia impugnada, el Tribunal declaró que:

“La constitucionalidad de esta causa de inadmisión de los recursos contencioso-administrativos que, prevista en la actualidad en el artículo 28 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, [...] es expresión del principio de seguridad jurídica [...] ha sido expresamente admitida por este Tribunal.” (FJ 4)

Sin embargo, dicho lo anterior, a continuación el Tribunal aclaró que:

“en nuestra jurisprudencia se ha exigido una interpretación restrictiva de la misma por parte de los órganos judiciales al

objeto de hacerla compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva.” (FJ 4)

Entrando en el supuesto estudiado, el Tribunal consideró que: “la sentencia impugnada en amparo no ha procedido a una interpretación y a una aplicación restrictivas de la referida causa de inadmisión de los recursos contencioso-administrativos, sino que, por el contrario, ha hecho un uso del artículo 28 de la LJCA/1998 excesivamente rigorista y desproporcionado, incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción”.

“Y ello, teniendo en cuenta que el listado de admitidos y excluidos no es un acto definitivo en el procedimiento selectivo, sino un mero acto de trámite, que en el momento de dictarse no tiene por qué producir necesaria y forzosamente un perjuicio para todos los candidatos, sino tan sólo para los que resulten inadmitidos, dado que para ellos finaliza el proceso selectivo.” (FJ 4)

En este sentido, en relación con el planteamiento de la sentencia impugnada, el Tribunal añadió lo siguiente:

“La imposición a todos los candidatos de una obligación de impugnar preventivamente todos los actos de trámite de un proceso selectivo supondría arrojar una carga absolutamente desproporcionada sobre las espaldas de los aspirantes a la obtención de una plaza al final de dicho procedimiento, además de constituir una ineficacia para los procesos selectivos mismos, que afectaría de manera negativa a los intereses generales, pues las posibles impugnaciones *ad cautelam* de los distintos actos de trámite integrantes de los procedimientos selectivos de personal de naturaleza competitiva convocados por las administraciones públicas podrían dificultar la utilización ordinaria de tales procedimientos, poniendo, consecuentemente, en serio riesgo, desde un punto de vista fáctico, el juego de los principios constitucionales de mérito y capacidad en la selección del personal al servicio de la Administración.” (FJ 4)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal acordó otorgar el amparo solicitado, declarando la nulidad de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, retro trayendo las actuaciones al momento anterior a la sentencia.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, ver la siguiente sentencia: STC 59/2003, de 24 de marzo (Aranzadi 2003/59).

Sobre el principio *pro actione*, ver la siguiente sentencia: STC 231/2001, de 26 de noviembre (Aranzadi 2001/231) (FJ 2).

Tribunal Constitucional. Promoción por las administraciones públicas de planes de pensiones para su personal funcionario o laboral y contribución a los mismos

SUPUESTO DE HECHO

Un ciudadano interpuso un recurso contencioso-administrativo directo contra la disposición de carácter general de la Diputación Foral de Vizcaya de 8 de septiembre por la que se aplicaba como acuerdo regulador de las condiciones de empleo de la Diputación Foral y sus organismos autónomos el Acuerdo regulador de las condiciones de empleo del personal de la Administración local y foral de Euskadi (Arcepafe). Deducida la correspondiente demanda, el recurrente interesó el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición final segunda de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de planes y fondos de pensiones, en la redacción dada por el apartado 23 de la disposición adicional undécima de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, por posible contradicción con los artículos 14, 103.3, 117.3 y 134.2 de la CE.

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Pleno.
Jurisdicción constitucional. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4112/1997

RESOLUCIÓN: 139/2005

FECHA: 26 de mayo de 2005

PONENTE: Manuel Aragón Reyes

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 14, 103.3, 117.3, 134.2 de la CE, y disposición final segunda de la Ley 8/1987, de regulación de planes y fondos de pensiones

DOCTRINA: Promoción por las administraciones públicas de planes de pensiones para su personal funcionario o laboral y contribución a los mismos. Principio de igualdad (FJ 3, 4, 6 y 7)

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco acordó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en relación con los preceptos mencionados.

El Tribunal Constitucional acordó desestimar la cuestión de inconstitucionalidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal analizó la posible vulneración del artículo 117.3 de la CE por la disposición final segunda de la LPPF, en la redacción dada a la misma por la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados. Según recordó el Tribunal, el Tribunal Superior de Justicia postulaba la declaración de inconstitucionalidad del precepto mencionado por su "naturaleza interpretativa", contradiciendo con ello la doctrina del Tribunal.

Según el Tribunal Superior de Justicia, "dicha doctrina negaría al legislador la potestad de aprobar normas interpretativas 'cuando la interpretación ya ha sido realizada por el poder judicial, [pues] se coloca por encima de él, ejerciendo sus competencias'" (FJ 3).

Sin embargo, el Tribunal no estuvo de acuerdo con dicha doctrina, alegando que "la doctrina constitucional sentada en la STC 76/1983 (RTC 1983, 76) responde específicamente a 'la necesidad de custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos'" (FJ 3).

Por otra parte, el Tribunal señaló que:

"las relaciones entre los poderes legislativo y el judicial no se establecen, como es obvio, en términos de supra e infraordenación, a diferencia del presupuesto del que partía, en la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, la STC 76/1983 (RTC 1983, 76). Finalmente, porque ni el precepto constitucional invocado en el auto de planteamiento de la cuestión como canon de constitucionalidad (artículo 117.3 de la CE) atañe al orden constitucional de distribución de competencias ni, consecuentemente, la norma cuestionada plasma una interpretación general y abstracta de dicho orden." (FJ 3)

En segundo lugar, el Tribunal tampoco estaba de acuerdo con el órgano judicial promotor de la cuestión en que la disposición final segunda de la LPPF vulneraba la reserva de jurisdicción. Sobre este punto, el Tribunal reiteró lo declarado en otras ocasiones, señalando que:

"Del principio de exclusividad de jueces y magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (artículo 117.3 de la CE) no puede inferirse la existencia de una correlativa prohibición impuesta al legislador, por la que se condicione su libertad de configuración para elegir el nivel de densidad normativa con que pretende regular una determinada materia (F 19). Tanto menos podrá, por consiguiente, compartirse una interpretación del alcance de dicho principio que llegue al extremo de consagrar una auténtica cristalización del ordenamiento resultante de la labor llevada a cabo por los jueces y magistrados en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales." (FJ 3)

Asimismo, el Tribunal señaló que:

"la decisión legislativa de dar nueva redacción a la disposición final segunda LPPF no conlleva por sí sola e inexcusablemente, dados sus términos y su contenido, la revisión de las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza." (FJ 3)

Por tanto, según el Tribunal, "Queda claro, pues, que el temor expresado por el órgano judicial proponente, de que el precepto cuestionado produzca, por sí mismo, la invalidación de resoluciones judiciales pasadas con fuerza de cosa juzgada, debe ser desechado" (FJ 3).

A continuación, el Tribunal analizó la posible vulneración de los principios de legalidad, anualidad y universalidad presupuestaria consagrados en el artículo 134.2 de la CE. Al respecto, éste declaró que:

"mediante esa nueva redacción el legislador ha tratado de dejar claro que las administraciones públicas, desde la promulgación de la Ley 8/1987, no sólo podían promover planes y fondos de pensiones, sino también realizar contribuciones a los mismos, pero esa nueva redacción no puede considerarse una suerte de solución universal sanadora de todas las deficiencias de las que los actos administrativos previos pudieran adolecer desde la perspectiva de las distintas legislaciones sectoriales (v. gr. procedimental, presupuestaria, etc.)." (FJ 4)

Por su parte, el Tribunal advirtió que:

"los efectos retroactivos del precepto legal impugnado no eximen a las actuaciones administrativas en esta materia, a las que tal retroactividad pudiera aplicarse, del cumplimiento de las exigencias presupuestarias que se derivan del artículo 134.2 de la CE." (FJ 4)

Seguidamente, el Tribunal valoró si se producía una vulneración del artículo 14 de la CE. Según el órgano judicial, se producía dicha vulneración como resultado de establecer una desigualdad retributiva entre distintos funcionarios.

En relación con el principio de igualdad, el Tribunal declaró lo siguiente:

"debemos hacer hincapié, [...] en la naturaleza relacional del juicio de igualdad [...] que requiere como presupuestos obligados para su formulación 'por un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas [...] y, por otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso [...]. Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma.'" (FJ 6)

Dicho lo anterior, y refiriéndose al precepto analizado, el Tribunal consideró que:

"la norma legal cuestionada no introduce por sí misma ni mediata ni inmediatamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas [...]. Es decir, los únicos sujetos expresamente identificados en la norma son los entes públicos, que, como hemos afirmado reiteradamente en una doctrina constante a la que expresamente ha hecho alusión el abogado del Estado en su escrito de alegaciones, no pueden ser considerados como titulares del derecho fundamental a la no discriminación amparado por el artículo 14 de la CE, que se refiere a los españoles y no es de aplicación a las personas jurídico-públicas en cuanto tales." (FJ 6)

A continuación, el Tribunal admitió que:

"Es cierto que el uso de esta habilitación por las diferentes entidades públicas contempladas en su ámbito subjetivo puede dar lugar a eventuales situaciones discriminatorias, en la medida en que, dentro de una misma Administración, se hiciesen participar en los planes de pensiones a unos u otros funcionarios públicos diferenciándolos sin causa constitucionalmente justificada." (FJ 6)

Sin embargo, al respecto el Tribunal aclaró que:

"Ahora bien, se trataría en tal supuesto, en primer lugar, de una vulneración de la Ley reguladora de los planes en cuanto que ella misma, en su artículo 5, ordena la no-discriminación y, en segundo lugar, y en todo caso, de una vulneración también del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que no de una discriminación directamente causada por la Ley. No es éste un efecto que quepa inferir directa e inexorablemente del contenido normativo de la disposición final segunda de la LPPF, por lo que no procede formular reproche alguno de constitucionalidad al legislador en este punto. Por otro lado, obvio es recordarlo, esa hipotética vulneración del mandato de no-discrimina-

ción contenido en la Ley y, por supuesto, del derecho fundamental invocado habrá de ser reparada, en cada supuesto concreto, por los órganos judiciales y, llegado el caso, por este Tribunal Constitucional, en el ejercicio de sus respectivas funciones jurisdiccionales.” (FJ 6)

Por tanto, el Tribunal consideró que no se había producido una vulneración del artículo 14 de la CE.

Finalmente, el Tribunal analizó la posible vulneración del artículo 103.3 de la CE. Al respecto, el que el órgano judicial competente sostenía que el precepto cuestionado “deslegaliza la regulación de la materia, impidiendo el mantenimiento de los principios de igualdad, solidaridad y coordinación presupuestaria, que constituyen materia básica (artículo 149.1.18 de la CE) en la configuración del estatuto de la función pública” y “representa un desapoderamiento del Parlamento, al que se le impide el mantenimiento de los principios básicos recogidos en el artículo 103.3 de la CE”. (FJ 6)

Sin embargo, al respecto el Tribunal indicó que:

“no cabe reprochar al legislador, desde la estricta perspectiva de su conformidad con los cánones de constitucionalidad a los que hemos de atenernos y entre los que no se incluye la formulación de juicios atinentes a la técnica legislativa, haber llevado a cabo una reforma más o menos extensa de la Ley de planes y fondos de pensiones con ocasión de la aprobación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados.” (FJ 6)

A continuación, el Tribunal señaló que:

“Por lo que específicamente se refiere a la determinación del régimen al que habrán de someterse las entidades públicas en el proceso de creación de los planes y fondos de pensiones en beneficio del personal a su servicio, y sin perjuicio de reiterar la aplicabilidad a dicho proceso de las normas presupuestarias y procedimentales, no estará de más recordar que ésta es una de las materias objeto de negociación colectiva en el seno de las administraciones públicas, según resulta de lo previsto en el artículo 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas.” (FJ 6)

Por otra parte, el Tribunal negó que la denuncia relativa a que el precepto legal cuestionado hiciera inoperante la posibilidad del control del gasto de personal que como competencia básica en objetivos de política económica general tiene el Estado, a través del principio de coordinación presupuestaria.

Sobre este punto, el Tribunal recordó que:

“Existe sobre este particular una consolidada doctrina constitucional que arranca de la STC 63/1986, de 21 de mayo (RTC 1986, 63), donde tuvimos ocasión de señalar que la cuantificación de los derechos económicos de los funcionarios ‘constituye una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público’ (F 11), por lo que su encuadramiento competencial adecuado es el título reservado al Estado por el artículo 149.1.13 de la CE (en particular, STC 96/1990, de 24 de mayo (Aranzadi 1990, 96), F 3).” (FJ 7)

Finalmente, el Tribunal declaró que:

“La mención de las anteriores resoluciones pone de manifiesto no sólo la supeditación de los acuerdos alcanzados por las administraciones públicas y los legítimos representantes de sus empleados a lo establecido por el legislador en aras de la coordinación presupuestaria, sino también la posibilidad de reaccionar frente a dichos acuerdos bien ante los órganos judiciales ordinarios, bien directamente ante este Tribunal Constitucional, por las instancias legitimadas al efecto, en función del rango del instrumento en el que se plasme dicho acuerdo.” (FJ 7)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal acordó desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la competencia del Estado para controlar el gasto público relacionado con las retribuciones de los funcionarios públicos, ver las siguientes sentencias: STC de Madrid de 31 de enero de 2002 (Aranzadi 2002/24); STC de 1 de marzo de 2001 (Aranzadi 2001/62).

Sobre la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de planes y fondos de pensiones, ver la siguiente sentencia: STC de 27 de noviembre de 1997 (Aranzadi 1997/206).

Sobre los planes y fondos de pensiones y sus titulares, ver la siguiente sentencia: STC de Madrid de 17 de diciembre de 1996 (Aranzadi 1996/211).

Sobre la competencia del Estado para controlar el gasto público relacionado con las retribuciones de los funcionarios públicos, ver las siguientes sentencias: STC de 30 de octubre de 1996 (Aranzadi 1996/171); STC de 24 de mayo de 1990 (Aranzadi 1990/96); STC de 21 de mayo de 1986 (Aranzadi 1986/63).

Tribunal Constitucional. Suspensión de ejecución de declaración de ruina de un inmueble para evitar perjuicios irreparables

SUPUESTO DE HECHO

Una resolución de la Alcaldía de Valencia declaró en situación de ruina un edificio de dicha localidad. Contra dicha resolución, las personas afectadas interpusieron un recurso contencioso-administrativo en diciembre de 2002, siendo éstos emplazados para la formalización de la demanda en el plazo de veinte días. Sin embargo, acordaron no formalizar la demanda y esperar a que transcurriera el plazo para formalizar la demanda, con el fin de que se diera tiempo a que se les notificara una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que consideraban que podía tener relevancia en la resolución del asunto. En junio de 2003 fue notificado el auto por el que se declaraba de caducidad el recurso, sosteniendo dicha resolución que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 52.2 de la LJCA, se admitiría la demanda en caso de que se presentara el mismo día que fue notificado el auto. Ese mismo día, los actores presentaron un escrito de formalización de la demanda en el juzgado de guardia, que no

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda.
Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 1315/2004

RESOLUCIÓN: 197/2005

FECHA: 9 de mayo de 2005

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 114.10 de la Ley de arrendamientos urbanos de 1964

DOCTRINA: Suspensión de ejecución de declaración de ruina de un inmueble para evitar perjuicios irreparables (FJ 1, 2 y 3)

admitió el recurso en aplicación de lo dispuesto en el artículo 41 del Reglamento 5/1995, modificado por el Reglamento 1/2001, de 10 de enero. Al no ser estimado el recurso, al día siguiente se presentó ante el juzgado de lo contencioso-administrativo un

escrito de demanda, adjuntándose un escrito de comparecencia ante el juzgado de guardia. El juzgado de lo contencioso-administrativo acordó no tener por habilitado el plazo de formulación de la demanda, acordando su inadmisión y el archivo de las actuaciones. El juzgado fundamentó su resolución en lo dispuesto por el artículo 52.2 de la LJCA, en la medida en que, si el escrito de demanda no se presenta en plazo únicamente se puede presentar el día en que se notifique el auto de caducidad, no al siguiente. Asimismo, se alegaba que al estar regulada la cuestión en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, no resultaba de aplicación lo dispuesto en la Ley de enjuiciamiento civil. Contra dicha resolución se interpuso un recurso de apelación, recurso que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

Contra dichas resoluciones, se interpuso un recurso de amparo, por considerar que vulneraban el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva, al no haber respetado su derecho a disponer del plazo en su totalidad. Asimismo, se solicitaba la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida, alegándose que de no otorgarse la suspensión el amparo perdería su finalidad, por cuanto se les causarían unos perjuicios irreparables, al declarárseles resueltos sus contratos de arrendamiento, lo que permitiría a los propietarios vender o alquilar los inmuebles a terceros, pues los propietarios de los inmuebles arrendados habían iniciado un proceso civil con ese objeto, aduciendo la causa de resolución prevista en el artículo 114.10 de la Ley de arrendamientos urbanos de 1964.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con la medida provisional de la suspensión, el Tribunal advirtió que:

“se viene sosteniendo que la aplicación del artículo 56.1 de la LOTC está presidida por la regla general de la no-suspensión, pues así lo impone la protección que merece el interés general que conlleva la ejecución y efectividad de los actos y decisiones de los poderes públicos. Este interés general cobra especial relieve cuando se trata de resoluciones dictadas por jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les confiere el artículo 117.3 de la CE.” (FJ 1)

A continuación, en relación con el artículo 56.1 de la LOTC, el Tribunal recordó su reiterada doctrina, en cuya virtud “[...] se establece como requisito para otorgar la suspensión que la ejecución del acto del poder público por razón del cual se reclama el amparo ocasiona ‘un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad’” (FJ 1).

Dicho lo anterior, el Tribunal señaló que “en los supuestos en los que la ejecución de las resoluciones judiciales son determinantes del desalojo de viviendas o locales de negocio, la regla general es el otorgamiento de la suspensión” (FJ 1).

A continuación, el Tribunal se remitió a lo pronunciado a propósito de un caso similar en que se declaraba la ruina de un edificio y se solicitaba la suspensión del proceso civil iniciado por los propietarios del edificio con el fin de resolver los contratos de arrendamiento que mantenían con los entonces recurrentes en amparo alegando como causa de resolución de los contratos la declaración de ruina de la finca, recordando que en ese caso “El Tribunal otorgó la suspensión de la eficacia de las sentencias impugnadas –no accedió, sin embargo a la suspensión del proceso civil por entender que ‘La nulidad de las sentencias impugnadas es determinante en la posible aparición del supuesto de hecho contemplado por la Ley de arrendamientos urbanos, artículo 114.10, que contempla la declaración de ruina de la finca, en los términos que indica, como causa de resolución de los contratos’” (FJ 2).

A continuación, entrando en el caso estudiado, el Tribunal advirtió que:

“La eficacia de las resoluciones judiciales impugnadas podría suponer que se estimara que existe el presupuesto de hecho previsto en el artículo 114.10 de la Ley citada, y por este motivo se apreciara que concurre esta causa de resolución de los contratos de arrendamiento y se resolvieran estos contratos. Si ello ocurriera, el perjuicio que se ocasionaría a los recurrentes en amparo que son arrendatarios de estos inmuebles sería difícilmente reparable, ya que la resolución de la relación arrendaticia podría dar lugar a la pérdida de la posesión del local y de las viviendas, perjuicio difícilmente reparable en su integridad y que, además, puede generar una situación irreversible [...]. Estos perjuicios, si llegaran a producirse, podrían hacer perder al recurso de amparo su finalidad, ya que en el supuesto de que se otorgara el amparo solicitado, y se tramitara el proceso contencioso-administrativo cuyo objeto es la revisión del acto de declaración de ruina del edificio –que es lo que a través del recurso de amparo se pretende–, en la hipótesis de que recayese sentencia, anulando este acto administrativo, la sentencia sería ya tardía, pues no podría evitar los perjuicios que habría ocasionado a los arrendatarios el haber sido privados de la posesión del inmueble antes de ese tiempo.” (FJ 3)

Dicho lo anterior, el Tribunal aclaró que:

“para evitar estos perjuicios no es necesario suspender la eficacia del acto administrativo por el que se declara la ruina del edificio, sino que es suficiente con suspender la de las resoluciones judiciales impugnadas en este recurso de amparo. [...], pues la suspensión de la eficacia de estas resoluciones judiciales supone –como sostuvimos en el ATC 646/1987– la suspensión del presupuesto de hecho tomado en consideración por la Ley al establecer la referida causa de resolución de los contratos de arrendamientos.

“Y en la medida en que no se suspende la eficacia del acto administrativo impugnado en el recurso contencioso-administrativo, queda abierta la posibilidad del ejercicio por la Administración de sus facultades relacionadas con la garantía de la seguridad pública en relación con el estado del inmueble.” (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal acordó la suspensión del auto del juzgado de lo contencioso-administrativo de Valencia y de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el carácter excepcional de la medida provisional de suspensión, ver las siguientes resoluciones: ATC 346/2003, de 27 de octubre (Aranzadi 2003/244784) (FJ 1); ATC 406/2004, de 2 de noviembre (Aranzadi 2004/406) (FJ 1), entre otros.

Sobre el alcance de la regla contenida en el artículo 56.1 de la LOTC, ver las siguientes resoluciones: ATC 125/2003, de 23 de abril (Aranzadi 2003/125 AUTO) (FJ 2); ATC 61/2000, de 28 de febrero (FJ 1); ATC 18/2001, de 29 de enero (Aranzadi 2001/18) (FJ 3); ATC 161/2001, de 18 de junio (Aranzadi 2001/232547); ATC 307/1999, de 13 de diciembre; ATC 263/2003, de 15 de julio (Aranzadi 2003/198798) (FJ 2); ATC 333/2004, de 13 de septiembre (Aranzadi 2004/333).

Sobre el otorgamiento de la suspensión en los supuestos en los que la ejecución de las resoluciones judiciales son determinantes del desalojo de viviendas o locales de negocio, ver las siguientes resoluciones: ATC 646/1984, de 7 de noviembre (Aranzadi 1984/646); ATC 205/1997, de 4 de junio; ATC 171/1995 de 6 de junio (Aranzadi 1995/171); ATC 47/1997, de 24 de febrero (Aranzadi 1997/47); ATC 99/1998, de 20 de abril (Aranzadi 1998/99); ATC 137/1998, de 15 de junio; ATC 203/1999 de 22 de julio; ATC 263/2003, de 15 de julio (Aranzadi 2003/198798); ATC 283/1999, de 29 de noviembre (Aranzadi 1999/283); ATC 646/1984, de 7 de noviembre (Aranzadi 1984/646).

Tribunal Constitucional. Retribuciones de los funcionarios públicos. Devolución de cantidades percibidas en concepto de quinquenio extraordinario y cómputo del mismo

SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra planteó una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Ley foral 17/1994, de 2 de noviembre, por la posible vulneración de los artículos 9.3, 117.3, 137, 140, 149.1.6 y 149.1.18 de la CE.

La Ley foral mencionada se dictó como consecuencia de una evolución legislativa que había desembocado en la promulgación de la Ley foral 13/1983, de 30 de marzo, reguladora del estatuto del personal al servicio de las administraciones públicas de Navarra y cuya aplicación suscitó algunas dudas, entre ellas la aplicación del denominado "quinquenio extraordinario", insertado en el sistema retributivo de los funcionarios de la Comunidad Foral de Navarra en virtud del Acuerdo de la Diputación Foral de 23 de noviembre de 1962. En dicho acuerdo se disponía que "Los empleados y obreros de plantilla de la Diputación Foral de Navarra gozarán de aumentos graduales sobre sus sueldos por cada cinco años de servicios, que consistirán en el diez por ciento del sueldo consolidado que disfruten". Asimismo, se establecía que "Se acreditará a todos los empleados y obreros de plantilla de la Diputación Foral de Navarra, un quinquenio de carácter extraordinario que se devengará a los quince años de prestar servicios efectivos a la Corporación y que se mantendrá con los mismos alcances y consideraciones y a todos los efectos para la vida administrativa, derechos pasivos, etc., del beneficiario, que los quinquenios ordinarios".

Dicho sistema fue modificado por un acuerdo de 1973, que suprimió el régimen de quinquenios acumulativos y quinquenio extraordinario para los futuros funcionarios. Posteriormente, la Ley foral 13/1983, de 30 de marzo, formuló varias modificaciones en los conceptos correspondientes al grado y la antigüedad, previendo lo siguiente:

"La asignación inicial de grado a los actuales funcionarios de las administraciones públicas de Navarra se realizará de conformidad con las siguientes normas:

"1. La asignación inicial de grado se llevará a cabo por las administraciones públicas respectivas, en atención al número de años de servicios que, a efectos de antigüedad, hayan reconocido a sus actuales funcionarios, con exclusión, en todo caso, de los años de carrera. A tal efecto, en todas las administraciones públicas de Navarra se entenderán por servicios reconocidos los definidos como tales en el Acuerdo de la Diputación Foral de 29 de octubre de 1981.

"A los exclusivos efectos de la asignación inicial de grado, a los funcionarios actualmente acogidos al sistema de quinquenios acumulativos se les incrementará en cinco años el período de servicios reconocidos a que se refiere el párrafo anterior."

Varios funcionarios que tenían devengado el quinquenio extraordinario previsto por el acuerdo de 1962 instaron al Gobierno de Navarra para que éste fuera computado a efectos de determinar la asignación inicial de grado y del premio de antigüedad correspondientes, petición que fue denegada en vía administrativa, por lo que fue interpuesto un recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado. Interpuesto un recurso de apelación contra el mismo, antes de que se resolviera el mismo, tras ser resuelto de forma distinta según los casos (algunos obtuvieron el reconocimiento de dicho derecho mediante nuevas sentencias de la Sala de Pamplona, otros lo alcanzaron por virtud de varios autos de dicha Sala que extendieron a su favor los efectos de su Sentencia de 22 de enero de 1987, mien-

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Pleno. Jurisdicción constitucional. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 506/1998

RESOLUCIÓN: 83/2005

FECHA: 7 de abril de 2005

PONENTE: Francisco Javier Delgado Barrio

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 9.3, 117.3, 137, 140, 149.1.6 y 149.1.18 de la CE, y artículos 1, 2 y 3 de la Ley foral 17/1994, de 2 de noviembre, de funcionarios de la Comunidad Foral

DOCTRINA: Retribuciones de los funcionarios públicos. Devolución de cantidades percibidas en concepto de quinquenio extraordinario y cómputo del mismo (FJ 3, 4, 5, 6 y 7)

tras que a otros funcionarios se les reconoció el derecho en decisiones de la Administración), el Gobierno de Navarra acordó extender el cómputo del quinquenio extraordinario a los funcionarios que hubieran ingresado en la Diputación Foral antes de la entrada en vigor del Acuerdo de 14 de julio de 1973, con carácter provisional, "pues si la cuestión en litigio fuese resuelta en sentido favorable a esta Administración foral, se procederá al correspondiente reintegro".

Finalmente, interpuesto un recurso extraordinario en interés de la ley, en 1990 el Tribunal Supremo declaró como doctrina legal la de que no procedía el cómputo del quinquenio extraordinario para determinar la asignación inicial de grado y del premio de antigüedad en el sistema retributivo instaurado por la Ley foral 13/1983.

Tras ello, resuelta la situación de pendencia judicial y descartada la viabilidad de esa aplicación del quinquenio extraordinario, el Parlamento de Navarra aprobó la Ley foral 17/1994, que regulariza la aplicación del sistema retributivo instaurado por el estatuto del personal al servicio de las administraciones públicas de Navarra y sus normas reglamentarias de desarrollo. La disposición adicional de la misma autorizaba a las administraciones públicas de Navarra "para que aprueben las disposiciones de desarrollo que sean precisas en orden al cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley foral".

A la vista de la Ley mencionada, un ayuntamiento acordó la ejecución de la regularización de la aplicación del sistema retributivo instaurado por el estatuto del personal y sus normas reglamentarias. Varios funcionarios interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra dicho acuerdo ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que planteó una cuestión de inconstitucionalidad respecto a la Ley foral 17/1994, por considerar que vulneraba los preceptos indicados al principio de este apartado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Con carácter previo, el Tribunal aclaró el presupuesto del que partía la Ley 17/1994. Al respecto, hizo referencia a la gran cantidad de funcionarios que se veían obligados al reembolso de los importes cobrados por indebido cómputo del quinquenio extraordinario, obligación que, según recordó el Tribunal, era anterior a la Ley 17/1994, "pues derivaba para unos del contenido de la resolución judicial firme que les afectaba como partes en el proceso o incidente, y para otros del cumplimiento de

una condición resolutoria consistente en la declaración judicial de la improcedencia de la aplicación del quinquenio extraordinario". A continuación, el Tribunal señaló que "con la finalidad de facilitar el cumplimiento de tal obligación se dicta la cuestionada Ley foral 17/1994, cuyo sentido es fundamentalmente el de la introducción de un fraccionamiento del pago, mediante vencimientos periódicos de carácter mensual". En relación con el segundo supuesto, el Tribunal señaló que "La consecuencia jurídica prevista es la regularización de la aplicación del nuevo sistema retributivo mediante la práctica de liquidaciones –artículo 2 de la Ley foral cuestionada– que si resultasen favorables al funcionario serían abonadas sin más y que si fueran favorables a la Administración serían reintegradas fraccionadamente, mediante vencimientos periódicos de carácter mensual" (FJ 3).

Sentado lo anterior, el Tribunal se centró en la resolución del Ayuntamiento de Tafalla, recordando que se planteaba "si el acto administrativo del Ayuntamiento de Tafalla que reconoció el quinquenio extraordinario estaba o no sujeto a la condición resolutoria de que los tribunales negasen el derecho de los funcionarios al cómputo del citado quinquenio en el nuevo sistema retributivo navarro a los efectos ya señalados" (FJ 4).

Dicho esto, el Tribunal señaló que:

"la Ley foral cuestionada, [...] afecta a aquellos a los que 'se les reconoció con carácter provisional su derecho al quinquenio extraordinario', quedando así fuera del ámbito de aplicación de la norma cuestionada los casos de acto administrativo sin condicionamiento alguno. Obviamente no corresponde a este Tribunal decidir sobre este punto." (FJ 4)

Aun así, el Tribunal indicó que:

"si la Sala que plantea la cuestión llega en su sentencia a la conclusión de que el acto de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Tafalla estaba efectivamente sometido a la condición resolutoria que se viene indicando, las consecuencias serían las siguientes:

"a) Los funcionarios demandantes en el proceso *a quo*, como ya se ha dicho, estarían en la obligación de devolver lo recibido por la aplicación del quinquenio extraordinario, pero no por virtud de la cuestionada Ley foral 17/1994, sino por efecto del cumplimiento de la condición resolutoria incluida en el acto administrativo que ordenó el pago de retribuciones.

"El Ayuntamiento tendría el deber de reclamar ese pago porque así se lo impone el artículo 110.1 de la Ley foral 6/1990, de 2 de julio.

"[...]

"b) Por tanto, en el mencionado caso de apreciar la existencia de la condición resolutoria en el Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 21 de diciembre de 1989, la cuestionada Ley foral 17/1994 sería de aplicación en el proceso *a quo*, en la medida en que establece un fraccionamiento de la devolución, salvo lo dispuesto en su artículo 3, como después ha de señalarse." (FJ 4)

Sentado lo anterior, el Tribunal analizó las argumentaciones del órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, reiterando nuevamente antes de hacerlo que "partimos del presupuesto de que el citado acuerdo municipal estaba sometido a condición resolutoria, pues de otra suerte la Ley foral cuestionada no sería de aplicación" (FJ 5).

En primer lugar, el Tribunal analizó si se había producido una vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (artículo 9.3 de la CE). Según el órgano que había planteado la cuestión de inconstitucionalidad, se habría producido en la medida en que "la Ley cuestionada no sólo pretendería 'regular el régimen retributivo de los funcionarios a partir de su entrada en vigor', sino incidir 'en situaciones ya fenecidas'".

Sin embargo, el Tribunal no aceptó dichas argumentaciones, aclarando que:

"no son situaciones jurídicas con efectos ya producidos y agotados las fijadas por un acto administrativo sometido a una condición resolutoria –hipótesis de la que se parte para dar lugar a la aplicación de la Ley foral cuestionada–, que supone que los efectos decaerán si se produce un evento futuro objetivamente incierto." (FJ 4)

El Tribunal tampoco aceptó las dudas de constitucionalidad desde la perspectiva de la seguridad jurídica, en la medida en que "La seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados [...], como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho [...] no puede considerarse vulnerada cuando eran las propias liquidaciones provisionales [...] las que advertían de su carácter condicionado y eventualmente claudicante" (FJ 5).

En relación con el artículo 3 de la Ley 17/1994 (que prevé que "Las liquidaciones que se practiquen conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores que sea preciso modificar posteriormente, como consecuencia de resolución administrativa o judicial o rectificación de errores materiales, no afectarán en ningún caso a las liquidaciones del resto de funcionarios de la Administración pública respectiva"), se consideraba incompatible con el artículo 117.3 de la CE, que reserva a los juzgados y tribunales la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en cuanto "introduce una limitación a los posibles efectos de las resoluciones judiciales al impedir el mecanismo legal de inserción de terceros en ejecución de sentencia y al impedir la intervención en la ejecución de futuras resoluciones". El Tribunal inadmitió dicha cuestión, argumentando que:

"este precepto no es aplicable al caso sobre el que debe pronunciarse el órgano judicial ni de su validez depende el fallo." (FJ 6)

El Tribunal también descartó que se vulnerara la garantía constitucional de la autonomía municipal (artículos 137 y 140 de la CE), partiendo de la interpretación "que la Ley foral 17/1994 sólo afecta a los funcionarios que vieron reconocido su derecho provisionalmente" (FJ 7).

Igualmente, también negó la vulneración del artículo 149.6 de la CE, que reserva al Estado la competencia sobre la legislación procesal, declarando que:

"los mencionados preceptos legales no regulan ningún proceso de ejecución de sentencia, sino la actuación administrativa de ejecución de un acto administrativo sometido a condición resolutoria cuando se ha cumplido dicha condición resolutoria" (FJ 8).

Finalmente, el Tribunal también rechazó las dudas de constitucionalidad fundamentadas en el artículo 149.1.18 de la CE. Sobre este punto, el auto de planteamiento de la cuestión consideraba que se podría estar creando un procedimiento de revisión al margen de los previstos por la Ley 30/1992, para los actos nulos y anulables. Sin embargo, al respecto el Tribunal hizo la siguiente aclaración:

"lo que se regula en los artículos 1 y 2 de la Ley foral 17/1994 es la ejecución de un acto administrativo sometido a condición resolutoria cuando ésta se ha cumplido, cuestión que, por cierto, carece de regulación directa en la mencionada Ley estatal y que nada tiene que ver con la revisión de actos nulos y la declaración de lesividad de actos anulables (artículos 102 y 103 de la LPC). La ejecución de un acto administrativo sometido a condición resolutoria presupone su validez (no parte, como la revisión, de su invalidez); y la circunstancia de la inclusión expresa en el acto administrativo de una cláusula accesoria (como es la condición resolutoria) mitiga sustancialmente la necesidad de

un procedimiento con garantías reforzadas en el que entren en juego las exigencias de la seguridad jurídica y de la protección de la confianza, que están en la base de la regulación estatal del procedimiento de revisión de los actos administrativos inválidos.” (FJ 8)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad en lo que respecta al artículo 3 de la Ley foral 17/1994 y lo desestimó en todo lo demás.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre las retribuciones de los funcionarios de la Comunidad Foral de Navarra, y, en especial, acerca del quinquenio extraordinario, ver las siguientes sentencias: STS de 14 de junio de 1993 (Aranzadi 1993/6372); STS de 8 de julio de 1992 (Aranzadi 1992/5676); STS de 24 de enero de 1990 (Aranzadi 1990/2925).

En relación con el principio de autonomía municipal, ver las siguientes resoluciones: STC de 13 de abril de 2004 (Aranzadi 2004/51); STC de 17 de noviembre de 2003 (Aranzadi 2003/202); STC de 14 de septiembre de 1992 (Aranzadi 1992/111)

Sobre el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, ver las siguientes sentencias: STC de 13 de abril de 2000 (Aranzadi 2000/104); STC de Madrid de 23 de diciembre de 1993 (Aranzadi 1993/386); STC de Madrid de 10 de abril de 1986 (Aranzadi 1986/42).

Sobre el principio de seguridad jurídica, ver las siguientes sentencias: STC 15/1986, de 31 de enero (Aranzadi 1986/15) (FJ 1); STC 36/1991, de 14 de febrero (Aranzadi 1991/36) (FJ 5); STC 46/1990, de 15 de marzo (Aranzadi 1990/46) (FJ 4); STC 104/2000, de 13 de abril (Aranzadi 2000/104) (FJ 7).

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Respeto al derecho a la vida privada y familiar. Publicación en prensa por la Fiscalía de una fotografía de una profesora procesada

SUPUESTO DE HECHO

Una profesora de un colegio privado, del cual era socia junto con otros tres profesores, fue acusada de extorsión, de estafa y de falsificación de documentos. Durante la tramitación del procedimiento, la Fiscalía solicitó el arresto domiciliario de la profesora. Por su parte, la fiscalía abrió un expediente personal en nombre de la misma, adjuntando fotografías y sus huellas. El mismo día, la fiscalía ofreció una rueda de prensa. Tras ello, dos periódicos publicaron varios artículos sobre la investigación, en los que aparecía una foto de la acusada tomada en el momento de apertura del expediente policial cuando fue arrestada por la policía, que fue entregada a la prensa.

La profesora fue condenada a un año y diez meses de reclusión y a 300 euros de multa por los hechos de que se la acusaba.

A propósito de la difusión, con motivo de la rueda de prensa organizada por la Fiscalía, de su fotografía, la profesora acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos al considerar que se había vulnerado su derecho al respeto de su vida privada (artículo 8 del CEDH).

El TEDH declaró que se había producido una vulneración del artículo 8 del CEDH, obligando al Estado demandado al pago de 3.500 euros, dentro del plazo de tres meses desde que la sentencia se convirtiera en definitiva, más toda cantidad que pueda deberse al impuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Acerca de la publicación de personajes famosos el Tribunal declaró que “ha tenido que ocuparse de la publicación de fotografías de personajes públicos [...] o de personalidades políticas [...]. Tras haber concluido con que la publicación de fotos afecta a la vida privada, ha tenido que pronunciarse sobre la cuestión del respeto por el Estado demandado de las obligaciones positivas que le corresponden en este ámbito cuando la publicación no tiene su origen en una actividad o colaboración de los órganos del Estado” (FJ 27).

Sin embargo, en relación con el caso estudiado, el Tribunal advirtió que “la demandante no era una persona que actuaba en un contexto público (personaje público o personalidad política) sino una persona que era objeto de diligencias penales. Además, la foto publicada, tomada por las obligaciones de un

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Cuarta. Asunto Sciacca contra Italia. Demanda núm. 50774/1999

FECHA: 11 de enero de 2005

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 8 del CEDH

DOCTRINA: Respeto al derecho a la vida privada y familiar. Publicación en prensa por la Fiscalía de una fotografía de una profesora procesada (FJ 27, 28 y 29)

expediente oficial, fue difundida a la prensa por la Fiscalía” (FJ 28).

Por ello, consideró que “debe controlar si el Estado demandado ha respetado su obligación de no-injerencia en el derecho al respeto de la vida privada de la demandante”. Al respecto, el Tribunal declaró que:

“la noción de vida privada comprende elementos que se refieren a su derecho a la imagen y que la publicación de una foto afecta a la vida privada” y constató que “existe ‘una zona de interacción entre el individuo y terceras personas que, incluso en un contexto público, puede depender de la vida privada’ (*ibidem*). El carácter de ‘persona ordinaria’ de la presente demandante restringe en este caso esta zona de interacción que, por otro lado, no podría ampliarse en este caso por el hecho de que la demandante fuera objeto de diligencias penales.” (FJ 29)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal consideró que se había producido una injerencia, condenando al Estado demandado en los términos expuestos en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la publicación de fotografías de personajes públicos o de personalidades políticas, ver las siguientes sentencias: Von Hannover contra Alemania, núm. 59320/2000, ap. 50, 24 de junio de 2004 (TEDH 2004/45); Schüssel contra Austria [dec], núm. 42409/1998, 21 de febrero de 2002.

En este mismo número, sobre el derecho a la libertad de expresión ver la siguiente sentencia: STEDH de 15 de febrero de 2005.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Derecho de acceso a los tribunales. Libertad de expresión. Denegación de justicia gratuita en un procedimiento por difamación de gran complejidad

SUPUESTO DE HECHO

En 1987, un grupo ecologista publicó y difundió un panfleto contra una multinacional del sector de la hostelería dedicada a la venta de hamburguesas (M), titulado "Lo que no funciona de M". Al no ser el grupo ecologista mencionado una persona moral, lo que implicaba que no se podía entablar directamente contra él ninguna acción judicial, la compañía contrató a siete detectives privados, que se infiltraron en la organización, hasta descubrir qué personas habían estado detrás de la publicación del panfleto. En 1990, la compañía emplazó a varios integrantes de la organización, reclamándoles la cantidad de 100.000 libras en concepto de daños y perjuicios por difamación, debido a la publicación del panfleto. La empresa retiró la querrela contra tres de las personas acusadas a cambio de sus excusas sobre el contenido del panfleto, quedando solamente dos acusados.

Los acusados (uno de ellos en el paro y haciéndose cargo de su hija menor, y la otra camarera) solicitaron asistencia jurídica gratuita, que les fue denegada, por cuanto en el Reino Unido no se concede en un caso de difamación. En consecuencia, se defendieron a sí mismos a lo largo de todo el procedimiento. Tras el que fuera el juicio más largo en la historia del Reino Unido, los acusados fueron condenados por el delito de que eran acusados, condenando a uno de ellos al pago de 60.000 GBP y a ambos solidariamente de una cantidad de 55.000 GBP.

Tras haber agotado todos los recursos, los integrantes del grupo ecologista interpusieron una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al considerar que se había producido una infracción del artículo 6.1 del Convenio, relativo al derecho de acceso a los tribunales, y del artículo 10, sobre la libertad de expresión.

El TEDH declaró la existencia de una violación de los artículos 6.1 y 10 del Convenio y que el Estado demandado debía abonar a los demandantes, dentro del plazo de tres meses desde la sentencia definitiva, la suma de 20.000 euros a la primera demandante y 15.000 euros al segundo demandante en concepto de daño moral, y 47.311,17 euros en concepto de gastos y costas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Violación del artículo 6.1 del CEDH

El Tribunal analizó en primer lugar el contenido del artículo 6.1 del Convenio. Al respecto, en primer lugar señaló que dicho precepto "deja a los estados la elección de los medios a emplear para garantizar a los litigantes los derechos mencionados", y que "La instauración de un sistema de asistencia jurídica gratuita constituye uno de ellos, pero existen otros como por ejemplo la simplificación del procedimiento" (FJ 60).

Dicho lo anterior, el Tribunal advirtió que:

"La cuestión de si la concesión de asistencia jurídica gratuita es necesaria para que el procedimiento sea equitativo debe resolverse teniendo en cuenta los hechos y circunstancias particulares de cada caso, y depende concretamente de la gravedad de lo que en el litigio arriesga el demandante, de la complejidad de la legislación y del procedimiento aplicables, así como de la capacidad del demandante para defender efectivamente su causa." (FJ 61)

En relación con los límites del derecho de acceso a los tribunales, el Tribunal señaló que "no es absoluto; puede dar lugar a limitaciones a condición de que éstas persigan un fin legítimo y sean proporcionadas", de modo que "Puede aceptarse, en consecuencia, la imposición de limitaciones a la concesión de una asistencia jurídica concretamente en función de la situación económica del litigante o de sus probabilidades de éxito en el

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Cuarta. Asunto Steel y Morris contra Reino Unido. Demanda núm. 68416/2001
FECHA: 15 de febrero de 2005
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 6.1 y 10 del CEDH
DOCTRINA: Derecho de acceso a los tribunales. Libertad de expresión. Denegación de justicia gratuita en un procedimiento por difamación de gran complejidad (FJ 60, 61, 62, 63, 64, 67, 69, 72, 87, 88, 90, 94, 95, 96, 97, 104 y 109)

procedimiento [...]. Además, el Estado no tiene por obligación tratar de garantizar, a través de los fondos públicos, una igualdad de armas total entre la persona asistida y su adversario, desde el momento en que se ofrece a cada parte una posibilidad razonable de presentar su causa en unas condiciones que no le coloquen en una situación de clara desventaja respecto a su adversario" (FJ 62).

Sin embargo, en relación con el caso estudiado, el Tribunal advirtió que:

"los demandantes no escogieron incoar un procedimiento por difamación pero actuaron en calidad de demandados para proteger su derecho a la libertad de expresión, derecho al que el Convenio concede una gran importancia (apartado 87 *infra*). Además, las consecuencias económicas que tuvo para los demandantes la imposibilidad en la que se encontraron de confirmar la exactitud de cada declaración difamatoria impugnada, no es desdeñable." (FJ 63)

En cuanto a la complejidad del litigio, el Tribunal admitió haber declarado en otras ocasiones que "la legislación inglesa de difamación y las normas de enjuiciamiento civil aplicables en el asunto en cuestión no eran los suficientemente complejas como para exigir la concesión de una asistencia jurídica gratuita" (FJ 64), pero a continuación destacó "el carácter detallado y la complejidad de las cuestiones de hecho" de un litigio que requirió 313 días de audiencia, y que dio lugar a una sentencia de más de mil folios. Asimismo, advirtió que, en el plano de derecho, no se trataba de un asunto simple.

Dicho lo anterior, el Tribunal procedió a analizar "en qué medida los demandantes pudieron defenderse efectivamente pese a la falta de asistencia jurídica" (FJ 67).

Al respecto, el Tribunal señaló que:

"en un asunto de semejante complejidad, ni la ayuda ocasional de letrados benévolos ni la importante ayuda y la gran libertad de acción que el juez concedió a los demandantes, que se defendían a sí mismos, no puede reemplazar la representación competente garantizada y seguida por un letrado experimentado que conoce el caso y el derecho de difamación. [...] la diferencia entre los grados de asistencia de que dispusieron los demandante y M por parte de los letrados [...] fue tal que no pudo sino implicar, en este asunto extremadamente exigente, una falta de equidad pese a los grandes esfuerzos desplegados por los jueces en primera instancia y en apelación." (FJ 69)

Por lo indicado, el Tribunal consideró que "el hecho de que los demandantes no gozaran de una asistencia jurídica gratuita les privó de la posibilidad de defender efectivamente su causa ante la justicia e implicó una desigualdad de armas inaceptable con McDonald's. Hubo, por tanto, violación del artículo 6.1" (FJ 72).

En relación con el artículo 6.1 del CEDH, los demandantes alegaban también que algunas decisiones específicas adoptadas por los jueces durante el procedimiento tuvieron unas consecuencias injustas que contravenían lo dispuesto en el artículo 6.1 del Convenio, si bien sobre este punto el Tribunal entendió que dichas quejas se encontraban absorbidas por la queja principal relativa a la falta de asistencia jurídica gratuita.

Violación del artículo 10 del CEDH

Los demandantes alegaban también la violación de su derecho a la libertad de expresión. Al respecto, el Tribunal, asumido por ambas partes que “el procedimiento por difamación y su resultado constituyeran una injerencia, que compromete la responsabilidad del Estado, en el derecho de los demandantes a la libertad de expresión”, analizó si dicha injerencia era “necesaria en una sociedad democrática” (FJ 87).

Acerca de la libertad de expresión, el Tribunal reiteró lo declarado en otras ocasiones, señalando que:

“La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno. En virtud del apartado 2 del artículo 10, no sólo comprende las ‘informaciones’ o ‘ideas’ aceptadas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que molestan, chocan o inquietan: así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no hay ‘sociedad democrática’. Tal como la consagra el artículo 10, está sujeta a excepciones que, sin embargo, conviene interpretar estrictamente, y la necesidad de toda restricción debe ser probada de manera convincente.” (FJ 87)

Por su parte, acerca del papel del Tribunal en el caso estudiado, éste advirtió que “No es tarea del Tribunal, cuando ejerce su control, sustituir a los tribunales internos competentes, sino verificar desde el punto de vista del artículo 10 las sentencias dictadas en virtud de su poder de apreciación”, (FJ 87), y que “En su práctica, el Tribunal distingue entre hechos y juicios de valor. Si la materialidad de los primeros puede probarse, los segundos no se prestan a una demostración de su exactitud. Cuando una declaración se considera un juicio de valor, la proporcionalidad de la injerencia puede estar en función de la existencia de una base factual suficiente ya que, a falta de dicha base, un juicio de valor puede también revelarse excesivo [...]. El Tribunal debe sopesar cierto número de factores en la apreciación de la proporcionalidad de la medida enjuiciada” (FJ 88).

Dicho lo anterior, el Tribunal constató que:

“el panfleto en cuestión contenía acusaciones muy graves sobre cuestiones de interés general como prácticas abusivas e inmorales en materia de cría de ganado y de empleo, la deforestación, la explotación de niños y de sus padres a través de una publicidad agresiva y la venta de alimentos insanos.” (FJ 88)

Con respecto al alcance del artículo 10, el Tribunal indicó que:

“La garantía que ofrece el artículo 10 a los periodistas en el referente a las informaciones sobre cuestiones de interés general está subordinada a la condición de que los interesados actúen de buena fe de forma que proporcionen informaciones exactas y dignas de crédito en el respeto de la deontología periodística [...]; la misma norma debe aplicarse a otras personas que entran en el debate público.”

Asimismo, el Tribunal señaló que:

“Es cierto que el Tribunal ha reconocido que ‘la libertad periodística comprende también el posible recurso a cierta dosis de exageración, incluso de provocación’ [...]. Considera así que debe tolerarse cierto grado de hipérbole y de exageración en un panfleto militante —e incluso esperarse—.” (FJ 90)

Centrándose en el caso estudiado, el Tribunal declaró lo siguiente:

“el hecho de que el querellante en este caso fuese una gran sociedad multinacional no debería en principio privarle del derecho a defenderse de unas acusaciones difamatorias ni dispensar a los demandantes de la obligación de probar la veracidad de las declaraciones formuladas. Ciertamente las grandes empresas se exponen inevitablemente y a sabiendas a un examen atento de sus actos y, al igual que para los hombres y mujeres de negocios que las dirigen, los límites de la crítica admisible son más amplios en lo que les afecta.” (FJ 94)

Sin embargo, el Tribunal advirtió que:

“además del interés general de un debate libre sobre las prácticas comerciales, existe el interés opuesto de proteger el éxito comercial y la viabilidad de las empresas en beneficio de los accionistas y de los empleados, pero también por el bien económico en un sentido amplio. El Estado goza en consecuencia de un margen de apreciación en cuanto a los recursos que debe disponer una empresa en derecho interno para impugnar la veracidad de unas acusaciones que pueden dañar su reputación y para limitar sus efectos.” (FJ 94)

En relación con lo anterior, el Tribunal indicó que:

“si un Estado decide conceder a una empresa unos recursos a este fin, es esencial, para proteger los intereses concurrentes que representan la libertad de expresión y la libertad de los debates, que en cierta medida se asegure un proceso equitativo y la igualdad de armas.” (FJ 95)

Llevado lo anterior al caso estudiado, el Tribunal declaró lo siguiente:

“ha constatado que la falta de asistencia jurídica privó de equidad al procedimiento por difamación, vulnerándose el artículo 6.1 [...]. Para valorar la proporcionalidad de la injerencia en virtud del artículo 10, debe también tener en cuenta la desigualdad de armas y las dificultades a las que se enfrentaron los demandantes [...]. El interés más general que representa la libre circulación de informaciones e ideas sobre las actividades de poderosas sociedades mercantiles, y el potencial efecto inhibitorio en los demás son también unos factores importantes a tener en cuenta a este respecto, pudiendo los grupos militantes contribuir en gran medida y legítimamente al debate público.” (FJ 95)

Por otro lado, el Tribunal consideró que:

“la cuantía de los daños y perjuicios a la que fueron condenados los demandantes quizás tampoco mantuvo el equilibrio justo deseado. En virtud del Convenio cualquier decisión concediendo unos daños y perjuicios por difamación debe presentar una relación razonable de proporcionalidad con el daño causado a la reputación [...] las sumas a las que finalmente fueron condenados los demandantes [...], si bien eran relativamente módicas respecto a las normas actualmente en curso [...] eran muy sustanciales si se las compara con los ingresos y medios muy modestos de los dos interesados.” (FJ 96)

En virtud de lo anterior, el Tribunal concluyó que:

“los daños y perjuicios concedidos en este caso no eran proporcionales al fin legítimo perseguido.” (FJ 97)

Perjuicio material

El Tribunal desestimó la petición de indemnización por los daños materiales sufridos, declarando lo siguiente:

“los demandantes no han presentado ningún elemento que atestigüe que el tiempo que emplearon en preparar y presentar su defensa en el procedimiento por difamación les causase efectivamente una pérdida económica; no han pretendido, por ejemplo, que uno u otro de ellos hubiese sufrido un lucro cesante por no haber gozado de asistencia jurídica gratuita. Los demandantes presentan un estado detallado de las costas y los gastos satisfechos pero no declaran que sus gastos fuesen superiores a la cantidad que obtuvieron gracias a las donacio-

nes [...]. En consecuencia, el Tribunal no está convencido de que las sumas reclamadas por los demandantes representen unas pérdidas o gastos reales.” (FJ 104)

Daño moral

Por el contrario, el Tribunal sí consideró pertinente la indemnización por el daño moral sufrido, declarando lo siguiente:

“El Tribunal ha constatado las violaciones de los artículos 6.1 y 10 que tratan principalmente del hecho de que los propios demandantes tuvieron que llevar a cabo la mayor parte del trabajo jurídico necesario en este procedimiento excepcionalmente largo y complejo para defender su derecho a la libertad de expresión. En consecuencia, su vida ha debido verse trastornada y ellos han debido sufrir una ansiedad más allá de la que tendría que experimentar un litigante representado; el Tribunal toma nota asimismo de las pruebas médicas presentadas por la señora Steel a este respecto. Concede pues en concepto de daño moral 20.000 euros (EUR) a la primera demandante y 15.000 EUR al segundo demandante.” (FJ 109)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el derecho de acceso a los tribunales, en relación con la asistencia jurídica gratuita, ver las siguientes sentencias: STEDH Airey contra Irlanda de 9 de octubre de 1979 (TEDH 1979/3), serie A, núm. 32, ap. 24; STEDH De Haes y Gijssels contra

Bélgica de 24 de febrero de 1997 (TEDH 1997/12), Repertorio de sentencias y resoluciones 1997-I, ap. 53; STEDH SMcVicar (TEDH 2002/169774), aps. 48 y 50; P.C.; STEDH contra Reino Unido (TEDH 2002/181257), núm. 56547/2000, ap. 91, TEDH 2002-VI; STEDH Munro contra Reino Unido, núm. 10594/1983, Decisión de la Comisión de 14 de julio de 1987, DR 52, pg. 158; STEDH Ashingdane contra Reino Unido de 28 de mayo 1985 (TEDH 1985/7), serie A, núm. 93, pg. 24-25, ap. 57.

Sobre el derecho a la libertad de expresión, ver las siguientes sentencias: STEDH Hertel contra Suiza de 25 de agosto de 1998 (TEDH 1998/42), Repertorio 1998-VI, ap. 46; STEDH Sentencia Feldek contra Eslovaquia de 12 de julio de 2001 (TEDH 2001/463), Repertorio 2001-VIII, aps. 75-76; STEDH Thorgeir Thorgeirson contra Islandia de 25 de junio de 1992 (TEDH 1992/52), serie A, núm. 139; STEDH Hertel contra Suiza de 25 de agosto de 1998 (TEDH 1998/42), Repertorio 1998-VI, ap. 47; STEDH Bladet Tromso y Stensaas contra Noruega (TEDH 1999/22) [GS], núm. 21980/1993, ap. 59, TEDH 1999-III; STEDH Fayed contra Reino Unido de 21 de septiembre de 1994 (TEDH 1994/30), serie A, núm. 294-B, ap. 75; STEDH Marka Intern Verlag GmbH y Beerman contra Alemania de 20 de noviembre de 1989 (TEDH 1989/20), serie A, núm. 165, ap. 33-38; STEDH Lingsens contra Austria de 8 de julio de 1986 (TEDH 1986/8), serie A, núm. 103, ap. 44; STEDH Bladet Tromso (TEDH 1999/22), aps. 64; STEDH Thorgeir Thorgeirson (TEDH 1992/52), ap. 68.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Derecho a un proceso equitativo. Principio de legalidad penal. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. Condena por agresión con lesiones voluntarias por prácticas sadomasoquistas con excepcional grado de violencia

SUPUESTO DE HECHO

Un magistrado y un médico que frecuentaban locales de prácticas sadomasoquistas fueron declarados culpables de agresión con lesiones voluntarias (artículos 392 y 398 del Código penal belga) y, el primero, de incitación al vicio o a la prostitución (artículo 380.bis.1 del antiguo Código penal). El primero fue condenado a un año de prisión y a 100.000 francos belgas (BEF) (2.478 euros) de multa con suspensión de sentencia, acompañada concretamente de la prohibición de ejercer durante cinco años cualquier función, empleo u oficio público. El segundo fue condenado a un mes de prisión y a 7.500 BEF (185 euros) de multa con suspensión de sentencia.

En cuanto a la agresión con lesiones, el Tribunal de instancia constató la escalada de prácticas sadomasoquistas del primero con su esposa, que empezaron en el domicilio conyugal, hasta acudir a locales alquilados y acondicionados para ello, ya que el reglamento de los clubes que frecuentaron anteriormente las prohibían. Como se pudo comprobar en las grabaciones incautadas en el proceso, los encausados ingerían grandes cantidades de alcohol y en ocasiones ignoraban los gritos convenidos para que se pusiera fin a las operaciones en curso. Los hechos mencionados llevaron al Tribunal de instancia a considerar que si bien no dejaron unas secuelas duraderas, salvo algunas cicatrices, fueron “especialmente graves y podían provocar heridas y lesiones serias debido a la violencia utilizada así como al dolor, la angustia y humillación causadas a la víctima”.

Finalizado el proceso, los procesados acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por considerar que se había producido una violación de los artículos 6.1, 7 y 8 del CEDH.

El Tribunal declaró que los artículos mencionados no habían sido vulnerados.

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Primera. Asunto K. A. y A. D. contra Bélgica. Demandas núms. 42758/1998 y 45558/1998

FECHA: 17 de febrero de 2005

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 6.1, 7 y 8 del CEDH

DOCTRINA: Derecho a un proceso equitativo. Principio de legalidad penal. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. Condena por agresión con lesiones voluntarias por prácticas sadomasoquistas con excepcional grado de violencia (FJ 43, 44, 52, 53, 56, 80, 83, 84, 85, 86 y 87)

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Violación del artículo 6.1 del CEDH

Los recurrentes consideraban que el hecho de que no obtuvieran comunicación previa del informe del miembro ponente del tribunal de casación ni de las conclusiones del abogado de la Fiscalía y que, en consecuencia, no pudieran responder a ello adecuadamente suponía una violación de su derecho a un proceso contradictorio, según lo previsto en el artículo 6.1 del TEDH.

Al respecto, el Tribunal recordó en primer lugar que:

“El Tribunal recuerda que el derecho a un procedimiento contradictorio, en el sentido del artículo 6.1, tal y como lo interpreta la jurisprudencia, ‘implica en principio el derecho para las partes en un litigio a que se les comunique y se discuta cualquier documento o alegación presentada al juez, aunque fuese un magistrado independiente, para influir en su decisión.’” (FJ 43)

Sin embargo, sobre esta cuestión, el Tribunal declaró lo siguiente:

“el informe del magistrado ponente se presentó oralmente por primera vez en la audiencia pública ante el tribunal de casación. Por su parte, el representante del ministerio público también presentó por primera vez sus conclusiones oralmente en la misma audiencia. Tanto las partes en el litigio como los jueces y el público descubrieron el sentido y el contenido de cada una de estas intervenciones en dicha ocasión. En consecuencia, no se establece ningún incumplimiento del principio de igualdad de armas ya que los demandantes no podrían fundamentar en el derecho a la igualdad de armas, reconocido por el artículo 6.1 del Convenio, el derecho a que se les comunicasen, con anterioridad a la audiencia, unas conclusiones que no habían sido comunicadas a la otra parte en el litigio, ni al ponente, ni a los jueces que iban a sentenciar.” (FJ 44)

Por tanto, según el Tribunal no se había producido una violación del artículo 6.1 del CEDH.

Violación del artículo 7 del CEDH

Por su parte, los recurrentes alegaban que su condena “no estaba prevista por la Ley”, lo que suponía una violación del artículo 7 del CEDH, que dispone que “Nadie podrá ser condenado por una acción y o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional”.

Sobre este punto, el Tribunal se refirió al alcance del artículo 7 del Convenio:

“conforme a su jurisprudencia, el artículo 7 del Convenio no se limita a prohibir la aplicación retroactiva de la Ley penal en perjuicio del acusado; consagra también, más genéricamente, el principio de la legalidad de los delitos y de las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y, en consecuencia, el principio que exige que no se aplique extensivamente la Ley penal en detrimento del acusado. De estos principios se desprende que un delito debe estar claramente definido por la Ley. Este requisito se cumple cuando el justiciable puede conocer, a partir de la redacción de la disposición pertinente y, si fuera necesario, con la ayuda de su interpretación por los tribunales, qué actos y omisiones comprometen su responsabilidad penal.” (FJ 52)

A continuación, el Tribunal señaló que:

“le corresponde [...] examinar desde el punto de vista del artículo 7.1 del Convenio si, en el momento en que se cometieron, las acciones de los demandantes constituían delitos definidos por la legislación interna con la suficiente accesibilidad y previsibilidad.” (FJ 53)

Dicho esto, el Tribunal señaló que:

“no se puede conceder, como hacen los demandantes, una importancia determinante a la ausencia de precedentes jurisprudenciales comparables en cuanto a la agresión con lesiones. Las prácticas en cuestión eran tan violentas –y sin duda tan raras– que no puede extrañar la ausencia de jurisprudencia pertinente. La falta de precedentes no puede ser una circunstancia que impida a las autoridades intervenir. En el caso contrario, se llegaría a la paradoja de que una práctica (sodomosquista u otra) cuanto más violenta y rara, cualesquiera que sean sus circunstancias, más posibilidades tiene de escapar a la aplicación de la Ley penal. Los demandantes tampoco podían pensar que el consentimiento de la víctima podía constituir una causa de justificación que ‘neutralizase’ el elemento legal de ésta y, en consecuencia, afectase a su existencia, ya que el consentimiento de la víctima del delito no constituye una causa de justificación propiamente dicha.” (FJ 56)

En consecuencia, el Tribunal consideró que no se había producido una violación del artículo 7 del CEDH.

Violación del artículo 8 del CEDH

Finalmente, los recurrentes alegaban que se había producido una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada en cuanto a los hechos sancionados en aplicación del artículo 398 del Código penal.

En relación con el contenido de la noción de “vida privada”, el Tribunal indicó que:

“es amplia y no se presta a una definición exhaustiva. Elementos tales como el sexo, la orientación sexual y la vida sexual son componentes importantes del ámbito personal que protege el artículo 8.” (FJ 80)

Refiriéndose al contenido del Convenio, el Tribunal señaló que:

“El procedimiento y la condena por agresión con lesiones buscaban la protección ‘de los derechos y libertades de los demás’ en la medida en que los tribunales internos sometieron a juicio, en este caso, la cuestión del consentimiento de la ‘víctima’. Estos tribunales buscaron también la ‘protección de la salud’. En cuanto al artículo 380 bis del Código penal el Tribunal constata que tiende a proteger la ‘defensa del orden’ y la ‘prevención de los delitos penales’. Nada hace pensar que persiguiendo estos fines, las autoridades judiciales belgas buscasen otros fines ajenos al Convenio.” (FJ 83)

Dicho esto, el Tribunal analizó “si la condena de los demandantes podía considerarse ‘necesaria en una sociedad democrática’ para alcanzar tales fines” (FJ 84).

Para ello, se refirió al contenido del artículo 8 del CEDH, señalando que éste “protege el derecho a la plenitud de las personas, tanto en forma de desarrollo personal [...] como bajo el aspecto de la autonomía personal que refleja un principio que subtiende la interpretación de las garantías del artículo 8 [...]. Este derecho implica el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior [...], inclusive en el ámbito de las relaciones sexuales, que es uno de los más íntimos de la esfera privada y se encuentra, a este respecto, protegido por esta disposición [...]. El derecho a mantener relaciones sexuales deriva del derecho a disponer de su cuerpo, parte integrante de la noción de la autonomía personal. A este respecto, ‘la facultad de cada uno de llevar su vida como le parezca puede también incluir la posibilidad de entregarse a actividades consideradas física o moralmente perjudiciales o peligrosas para su persona’” (FJ 85).

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal advirtió que:

“De ello resulta que el Derecho penal no puede intervenir, en principio, en el ámbito de las prácticas sexuales consentidas que dependen del libre arbitrio de los individuos. Es necesario, por tanto, que existan unos ‘motivos particularmente graves’ para que se justifique, a efectos del artículo 8.2 del Convenio.” (FJ 86)

Entrando en el caso estudiado, el Tribunal indicó que:

“debido a la naturaleza de los hechos enjuiciados, la injerencia que constituyen las condenas pronunciadas no parece desproporcionada. Si bien una persona puede reivindicar el derecho a ejercer unas prácticas sexuales lo más libremente posible, el límite a aplicar es el del respeto a la voluntad de la ‘víctima’ de tales prácticas, cuyo derecho a la libre elección, en cuanto a las modalidades de ejercicio de su sexualidad, debe también garantizarse. Ello implica que las prácticas se desarrollen en unas condiciones que permitan dicho respeto, lo que no sucedió en el presente caso.” (FJ 87)

Además, el Tribunal destacó que “no se respetó el compromiso de los demandantes de intervenir y detener inmediatamente las prácticas en cuestión cuando la ‘víctima’ ya no consintiese en ello. Asimismo, y en el curso de los años, desapareció toda organización y todo control de la situación. Se produjo una escalada de violencia y los propios demandan-

tes confesaron que no sabían hasta dónde habría llegado ésta". (FJ 87)

En virtud de lo anterior, el Tribunal consideró que no se había violado el artículo 8 del CEDH.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el principio de contradicción, ver las siguientes sentencias: STEDH Meftah y otros contra Francia (TEDH 2002/216293) [GS], núms. 32911/1996, 35237/1997; STEDH 34595/1997, de 26 de julio de 2002 y J. J. contra Países Bajos de 27 de marzo de 1998 (TEDH 1998/65), Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-II, pg. 613, ap. 43 *in fine*.

Sobre el principio de igualdad de armas: STEDH Nideröst-Huber contra Suiza de 18 de febrero de 1997 (TEDH 1997/8), Repertorio 1997-I, pgs. 107-108, ap. 23, y Kress. contra Francia (TEDH 2001/385) [GS], núm. 39594/1998, ap. 73, TEDH 2001-VI).

Sobre el contenido del artículo 7 del CEDH, ver la siguiente sentencia: Sentencia Veeber contra Estonia (JUR 2003/50034) (núm. 2), núm. 45771/1999, ap. 31, de 21 de enero de 2003.

Sobre el alcance de la noción de "previsibilidad", ver las siguientes sentencias: STEDH Cantón contra Francia de 15 de

junio de 1996, Repertorio 1996-V, ap. 35; STEDH Tolstoy Miloslavsky contra Reino Unido de 13 de julio de 1995 (TEDH 1995/22), serie A núm. 316-B, pg. 71, ap. 37, y Grigoriades contra Grecia de 25 de noviembre de 1997 (TEDH 1997/95), Repertorio 1997-VII, pg. 2587, ap. 37.

Sobre la noción de vida privada, ver las siguientes sentencias: sentencias Dudgeon contra Reino Unido de 22 de octubre de 1981 (TEDH 1981/4), serie A núm. 45, pgs. 18-19, ap. 41; STEDH B. contra Francia de 25 de marzo de 1992 (TEDH 1992/43), serie A núm. 232-C, pgs. 53-54, ap. 63, Burghartz contra Suiza de 22 de febrero de 1994 (TEDH 1994/9), serie A núm. 280-B, pg. 28, ap. 24.

Sobre el contenido del artículo 8 del CEDH, ver las siguientes sentencias: STEDH Christine Goodwin contra Reino Unido [GS] de 11 de julio de 2002 (TEDH 2002/181176), Repertorio 2002-VI, ap. 90; STEDH Pretty contra Reino Unido de 29 de abril de 2002 (TEDH 2002/23), Repertorio 2002-III, ap. 61; STEDH Burghartz contra Suiza, serie A núm. 280-B, informe de la Comisión, ap. 47; STEDH Friedl contra Austria, serie A núm. 305-B, informe de la Comisión, ap. 45; STEDH Smith y Grady contra Reino Unido de 27 de septiembre de 1999 (TEDH 1999/37), Repertorio 1999-VI, ap. 89.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Derecho a la libertad de expresión. Publicación en prensa de valoraciones sobre miembros del Parlamento

SUPUESTO DE HECHO

Un periódico ucraniano publicó dos artículos en relación con dos miembros del Parlamento. Los políticos a los que se referían los artículos acudieron a la jurisdicción ordinaria para reclamar una compensación pecuniaria por los daños morales causados debido a que la información no era cierta y vulneraba su reputación como miembro del Parlamento. Ambas demandas fueron estimadas, obligándose al periódico el abono de cierta cantidad de dinero y a publicar una rectificación de la información, que se consideraba falsa, al no haber sido probada la veracidad de la misma.

El periódico mencionado acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por considerar que se había vulnerado su derecho a la libertad de expresión y de información. El demandante alegaba que los tribunales internos no habían aplicado la jurisprudencia del TEDH en asuntos relacionados con el artículo 10 del CEDH y que éstos habían considerado que las publicaciones en litigio no reflejaban la verdad. Asimismo, afirmaba que los tribunales no eran capaces de distinguir entre los "juicios de valor" y los "hechos" contenidos en las publicaciones impugnadas.

El TEDH entendió que se había producido una vulneración del artículo 10 del CEDH, condenando al Estado demandado a pagar al demandante la cantidad de 588,12 euros en concepto de daño material, la cantidad de 33.000 euros, en concepto de daño moral y la cantidad de 5.521,07 euros en concepto de costas y gastos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con el contenido del artículo 10 del CEDH el Tribunal indicó que "El artículo 10 no protege tan sólo la esencia de las ideas y la información que se expresa, sino también la forma en la que transmiten" (FJ 40).

Asimismo, siguiendo con el artículo 10, el Tribunal declaró que:

"el derecho a comunicar libremente informaciones no se aplica tan sólo a 'informaciones' o 'ideas' que puedan ser recibidas de forma agradable o que puedan considerarse inofensivas, o que incluso resulten indiferentes, sino también a aquellas que

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Segunda. Asunto Sciacca contra Italia. Demanda núm. 72713/2001

FECHA: 29 de marzo de 2005

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 10 del CEDH

DOCTRINA: Derecho a la libertad de expresión. Publicación en prensa de valoraciones sobre miembros del Parlamento (40, 41, 42, 43, 53, 60, 61, 62, 67, 68 y 69)

pueden ofender, sorprender o molestar. Esas son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y la apertura de miras, sin las cuales no existe 'sociedad democrática.'" (FJ 40)

A continuación, el Tribunal recordó que:

"el Tribunal ha distinguido entre afirmaciones sobre hechos y juicios de valor. La existencia de hechos puede demostrarse, pero la veracidad de los juicios de valor no es susceptible de prueba. La exigencia de demostrar la veracidad de un juicio de valor es imposible de cumplirse, e infringe la libertad de opinión en sí misma, la cual constituye una parte esencial del derecho que garantiza el artículo 10". (FJ 41)

En relación con los juicios de valor, el Tribunal indicó que:

"incluso cuando una afirmación constituye un juicio de valor, la proporcionalidad de la injerencia podría depender de si existe o no una base de hechos suficientes que sustenten la afirmación objeto de litigio." (FJ 42)

Dicho lo anterior, el Tribunal aclaró cuál tenía que ser su función en el análisis del asunto, declarando que:

"La tarea del Tribunal al ejercer su labor de supervisión, no es ocupar el lugar de las autoridades nacionales, sino revisar, según el artículo 10 y a la vista del asunto tomado en su conjunto, las decisiones que éstas han adoptado según su propia discrecionalidad. En concreto, deberá determinar si la injerencia en litigio era 'proporcionada y legítima según el fin que perseguía', y si las razones aducidas por las autoridades nacionales

para justificarla eran ‘relevantes y suficientes’. Al hacerlo, el Tribunal debe convencerse de que las autoridades nacionales aplicaron criterios conformes a los principios expresados por el artículo 10, y además, basaron sus decisiones en una valoración aceptable de los hechos relevantes.” (FJ 43)

Entrando en el análisis del caso planteado, el Tribunal consideró que se había producido una interferencia en el derecho de la demandante según el artículo 10 del CEDH, y se planteó si se trataba de una interferencia legítima, llegando a la conclusión de que “la injerencia en cuestión buscaba un fin legítimo, la protección de la reputación y de los derechos ajenos” (FJ 53).

A continuación, el Tribunal analizó “si la injerencia era necesaria en una sociedad democrática y proporcionada al legítimo fin que perseguía”.

A tal efecto, el Tribunal observó que “La Ley ucraniana sobre difamación no hacía distinciones, en el momento de los hechos, entre juicios de valor y afirmaciones sobre hechos [...], a los que se refería simplemente como ‘afirmaciones’ [...] y actuaba desde la asunción de que toda afirmación era susceptible de prueba en los procedimientos civiles”, y que “según el artículo 7 del Código civil, aquella ‘persona que haya divulgado la información [objeto de litigio] debe probar su veracidad’ [...]. El mismo peso de la prueba se le exige a los juicios de valor que hayan sido publicados” (FJ 60).

Por otro lado, en cuanto a la jurisprudencia ucraniana, el Tribunal declaró que:

“por lo general, los tribunales domésticos han adoptado el punto de vista marcado por la jurisprudencia del Convenio de que ‘las afirmaciones críticas acerca de hechos [...] no pueden servir de base a la concesión de una compensación por daños morales’. Sin embargo, si se vulnera el derecho a la buena reputación de una persona, incluso aunque la afirmación difamatoria constituya un juicio de valor, los tribunales podrán conceder una compensación por daños morales. De este modo, la Ley doméstica supone que el honor, la dignidad y la reputación de una persona pública son más importantes que la posibilidad de una crítica abierta a dicha persona.” (FJ 61)

De lo anterior, el Tribunal concluyó que:

“la Ley y la práctica en Ucrania evitaban que los tribunales, en el asunto de la demandante, hicieran distinciones entre juicios de valor, comentarios claros o afirmaciones que no fueran susceptibles de prueba. Por tanto, la Ley y la práctica doméstica contenían elementos que al aplicarse, resultaban inflexibles y podían dar lugar a decisiones incompatibles con el artículo 10 del Convenio.” (FJ 62)

En relación con los supuestos planteados, el Tribunal declaró lo siguiente:

“las publicaciones contenían críticas hacia los dos políticos, expresadas con un lenguaje polémico, fuerte y sarcástico. Por ello no cabe duda de que los demandantes se sintieron ofendidos, y tal vez incluso disgustados. Sin embargo, al elegir su profesión, se colocaron a sí mismos en la diana de la crítica dura y del escrutinio; tal es la carga que deben también aceptar los políticos en la sociedad democrática.” (FJ 67)

Dicho esto, el Tribunal señaló que:

“Al considerar los textos en cuestión de manera global y establecer un balance sobre el conflicto de intereses, el Tribunal estima que los tribunales ucranianos excedieron los límites de discrecionalidad concedidos a las autoridades domésticas por el Convenio. Considerar a la demandante culpable de difamación resultaba claramente desproporcionado con respecto al fin perseguido.” (FJ 68)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“El Tribunal concluye que la injerencia objeto de la demanda no respondía a una necesidad social imperiosa que primara el interés público sobre la legítima discusión política de una campaña electoral y de las personalidades políticas involucradas en la misma. Es más, los criterios aplicados por los tribunales ucranianos no fueron compatibles con los principios instituidos por el artículo 10, y las razones aducidas para justificar la injerencia no pueden ser consideradas ‘suficientes’.” (FJ 69)

Por tanto, según el Tribunal se había producido una violación del artículo 10 del CEDH, condenando al demandado a pagar las cantidades que se detallan en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el papel de la prensa en una sociedad democrática, ver la siguiente sentencia: STEDH De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997 (TEDH 1997/12), Repertorio de Sentencias y Decisiones 1997-I, pgs. 233-234, ap. 37.

Sobre la libertad de expresión, ver las siguientes sentencias: STEDH Sürek c. Turquía [núm. 1] [GS], núm. 26682/95 (TEDH 1999/28), ap. 61, TEDH 1999-IV); STEDH Oberschlick c. Austria [núm. 1], de 26 de abril de 1995 (TEDH 1995/12), Serie A, núm. 313, pg. 19, ap. 38); STEDH Handyside c. el Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976 (TEDH 1976/6), Serie A núm. 24, pg. 23, ap. 49); STEDH Lingens (TEDH 1986/8), citada con anterioridad, pg. 28, ap. 46).

Sobre la proporcionalidad de las injerencias: STEDH De Haes y Gijssels c. Bélgica (TEDH 1997/12), pg. 236, ap. 47). Sobre la función del TEDH en relación con las injerencias del artículo 10 del TEDH: Jerusalem c. Austria, núm. 26958/95 (TEDH 2001/97), ap. 33, TEDH 2001-II.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Derecho a la libertad de asociación

SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal Constitucional turco, a petición del fiscal del tribunal de casación, disolvió un partido político defensor de los intereses del pueblo kurdo, al considerar que su programa “atentaba contra la integridad territorial del Estado así como la unidad de la nación y su lengua oficial, violando así los artículos 78 a) y 81 a) y b) de la Ley de partidos políticos”.

El partido en cuestión y varios ciudadanos turcos acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando que la disolución de su partido suponía una violación de su derecho a la libertad de asociación, garantizado por el artículo 11 del CEDH.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que se había producido una violación del artículo 11 del CEDH.

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Cuarta. Partido de la Democracia y de la Evolución y otros contra Turquía. Demanda núm. 39210/1998 y 39974/1998

FECHA: 26 de abril de 2005

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 11 del TEDH

DOCTRINA: Derecho a la libertad de asociación (FJ 21, 22, 24 y 26)

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal destacó en relación con el caso estudiado que “el DDP fue disuelto antes incluso de haber podido iniciar sus actividades y que, en consecuencia, esta medida se ordenó basándose únicamente en su programa”, de modo que, “Al igual que los tribunales internos, el Tribunal se basará pues en éste para apreciar la necesidad de la injerencia en litigio” (FJ 21).

En relación con el derecho de asociación, el Tribunal recordó lo siguiente:

“El Tribunal considera, concretamente, que un partido político puede promover un cambio de la legislación o de las estructuras legales o constitucionales del Estado bajo dos condiciones: 1) los medios utilizados al efecto deberán ser legales y democráticos; 2) el cambio propuesto deberá ser compatible con los principios democráticos fundamentales. De ello se deriva necesariamente que un partido político cuyos responsables inciten a recurrir a la violencia o propongan un proyecto político que no respete la democracia o que contemple la destrucción de ésta, así como el desprecio de los derechos y libertades que la democracia reconoce, no podrá aprovecharse de la protección del Convenio contra las sanciones impuestas por estos motivos [...]” (FJ 22)

Analizando la circunstancias del caso en relación con los requisitos señalados, el Tribunal constató que:

“las partes enjuiciadas del programa del DDP se resumen en un análisis de la historia y de la situación políticas sobre la cues-

tión kurda en Turquía y en propuestas tendentes a hacer cesar la opresión y reconocer a los ciudadanos de origen kurdo los derechos previstos por los tratados internacionales que vinculaban a Turquía. Acepta que estos principios defendidos por el DDP no son, como tales, contrarios a los principios fundamentales de la democracia

Asimismo, el Tribunal constata que el programa del DDP no promovía el recurso a la violencia como medio político. (FJ 24)

Por tanto, según el Tribunal:

“Teniendo en cuenta la ausencia de proyecto político del DDP que comprometa el régimen democrático en el país y/o la ausencia de una invitación o justificación del recurso a la fuerza a efectos políticos, no puede considerarse razonablemente que su disolución respondiese a una ‘necesidad social imperiosa’ y que fuese así ‘necesaria en una sociedad democrática.’” (FJ 26)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal consideró que se había producido una violación del artículo 11 del Convenio.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el derecho a la libertad de asociación, ver las siguientes sentencias: STEDH Refah Partisi (Partido de la prosperidad) y otros contra Turquía (TEDH 2003/50031) ([GS], núms. 41340/1998, 41342/1998, 41343/1998 y 41344/1998, aps. 86-89 y 96-100, TEDH 2003-II) y STEDH Yazar y otros contra Turquía (TEDH 2002/20), núm. 22723/1993, 22724/1993 y 22725/1993, ap. 49.

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Igualdad de trato entre ciudadanos nacionales y de los estados miembros. Concesión de ayudas a estudiantes para gastos de manutención a nacionales de un Estado miembro residentes en otro Estado miembro

SUPUESTO DE HECHO

Un nacional francés completó sus estudios de enseñanza secundaria y comenzó los de ciencias económicas en el Reino Unido, residiendo en casa de su abuela. Éste vio concedida su petición de ayuda para sufragar los gastos de matrícula de la universidad pero le fue denegada la destinada a sufragar los gastos de manutención, por no estar establecido en el Reino Unido. En el recurso que éste interpuso contra dicha medida, alegó la vulneración del artículo 12 del TCE, solicitando con carácter subsidiario que, en caso de que se admitiera que la concesión de una beca estaba excluida de ámbito de aplicación del Tratado, no sucedía lo mismo con una solicitud de ayuda en forma de préstamo subvencionado.

El órgano jurisdiccional encargado de la resolución del caso, planteó ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) Teniendo en cuenta las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de junio de 1988 (TJCE 1988, 170) Lair (39/86, Rec. p. 3161), y de 21 de junio de 1988, Brown (TJCE 1988, 171) (197/86, Rec. p. 3205), el desarrollo del Derecho comunitario, incluida la adopción del artículo 18 de la CE, y el desarrollo relativo a las competencias de la Unión Europea en el ámbito de la enseñanza, ¿las ayudas destinadas a sufragar los gastos de manutención concedidas a los estudiantes que cursan estudios universitarios, como las ayudas que se conceden mediante a) préstamos subvencionados o b) becas, siguen estando excluidas del ámbito de aplicación del Tratado de la CE a efectos del artículo 12 de la CE y de la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad?

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Gran Sala. Asunto C-209/03. Cuestión prejudicial. Ponente Koenraad Lenaerts

FECHA: 15 de marzo de 2005

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 12 y 18 del TCE

DOCTRINA: Igualdad de trato entre ciudadanos nacionales y de los estados miembros. Concesión de ayudas a estudiantes para gastos de manutención a nacionales de un Estado miembro residentes en otro Estado miembro (FJ 32, 33, 34, 36, 37, 39, 40, 42, 52, 54, 57, 58, 59, 61 y 63)

“2) En caso de respuesta negativa a cualquier parte de la primera cuestión, y si las ayudas destinadas a sufragar los gastos de manutención de los estudiantes concedidas en forma de becas o préstamos están comprendidas actualmente en el ámbito de aplicación del artículo 12 de la CE, ¿qué criterio debe aplicar el órgano jurisdiccional nacional para determinar si los requisitos para acogerse a dichas ayudas se basan en consideraciones objetivamente justificables que no dependen de la nacionalidad?

“3) En caso de respuesta negativa a cualquier parte de la primera cuestión, ¿puede invocarse el artículo 12 de la CE para reclamar el derecho a las ayudas destinadas a sufragar los gas-

tos de manutención desde una fecha anterior a la sentencia del Tribunal de Justicia que se dicte en el presente asunto y, de ser así, debe establecerse una excepción para quienes hayan incoado el procedimiento judicial antes de dicha fecha?”

El TJCE declaró que las ayudas concedidas mediante préstamos subvencionados o becas a los estudiantes que residen legalmente en el Estado miembro de acogida y destinadas a sufragar sus gastos de manutención estaban comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Tratado de la CE a efectos de la prohibición de discriminación establecida en el artículo 12 de la CE, párrafo primero.

En cuanto al artículo 12 de la CE, párrafo primero, declaró que debe interpretarse en el sentido de que “se opone a una normativa nacional que únicamente conceda el derecho a una ayuda que sufrague sus gastos de manutención a los estudiantes que estén establecidos en el Estado miembro de acogida, excluyendo que un nacional de otro Estado miembro obtenga, en su condición de estudiante, el estatuto de persona establecida, aun cuando dicho nacional resida legalmente y haya efectuado una parte importante de sus estudios de enseñanza secundaria en el Estado miembro de acogida y, por consiguiente, haya establecido un vínculo real con la sociedad del referido Estado”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Primera cuestión

En relación con la primera cuestión, el Tribunal analizó si las ayudas concedidas a estudiantes para sufragar los gastos de manutención estaban comprendidos dentro del ámbito de aplicación del TCE, en el sentido del artículo 12, que prohíbe en el ámbito del Tratado, toda discriminación por razón de la nacionalidad.

Al respecto, el Tribunal destacó en primer lugar que:

“Según reiterada jurisprudencia, un ciudadano de la Unión que reside legalmente en el territorio del Estado miembro de acogida puede invocar el artículo 12 de la CE en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho comunitario [...]” (FJ 32)

En este sentido, el Tribunal señaló que:

“Entre estas situaciones figuran las relativas al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado y las relativas al ejercicio de la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los estados miembros tal y como se halla reconocida en el artículo 18 de la CE.” (FJ 33)

A lo anterior, añadió que:

“Además, nada en el texto del Tratado permite considerar que los estudiantes que son ciudadanos de la Unión carecen, cuando se desplazan a otro Estado miembro para proseguir sus estudios, de los derechos reconocidos por el Tratado a los ciudadanos de la Unión.” (FJ 34)

Por su parte, el Tribunal indicó que:

“Por otra parte, es necesario precisar que un nacional de un Estado miembro que, como el demandante en el procedimiento principal, vive en otro Estado miembro donde prosigue y completa sus estudios secundarios, y al que no se objete que no dispone de recursos suficientes o de un seguro de enfermedad, goza de un derecho de residencia con arreglo al artículo 18 de la CE.” (FJ 36)

En relación con las prestaciones de asistencia social, el Tribunal recordó que en otras ocasiones ya había declarado que:

“un ciudadano de la Unión económicamente no activo podrá invocar el artículo 12 de la CE, párrafo primero, cuando haya residido legalmente en el Estado miembro de acogida durante determinado período o cuando disponga de un permiso de residencia.” (FJ 37)

Dicho lo anterior, y tras admitir haber considerado fuera del ámbito de aplicación del TCEE una ayuda concedida a los estudiantes para su manutención y formación, con posterioridad “el Tratado de la Unión Europea introdujo la ciudadanía de la Unión en el Tratado de la CE, un capítulo 3 dedicado esencialmente a la educación y la formación profesional” (FJ 39).

Por otro lado, el Tribunal recordó que:

“el artículo 149 de la CE, apartado 1, encomienda a la Comunidad la misión de contribuir al desarrollo de una educación de calidad fomentando la cooperación entre los estados miembros y, si fuere necesario, apoyando y completando la acción de éstos en el pleno respecto de sus responsabilidades en cuanto a los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema educativo, así como de su diversidad cultural y lingüística.” (FJ 40)

Por lo expuesto, el Tribunal llegó a la conclusión de que:

“ha de considerarse que la situación de un ciudadano de la Unión que reside legalmente en otro Estado miembro está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Tratado en el sentido del artículo 12 de la CE, párrafo primero, por lo que se refiere a la obtención de una ayuda concedida a los estudiantes, sea en forma de préstamo subvencionado o de beca, y destinada a sufragar sus gastos de manutención.” (FJ 42)

Segunda cuestión

A continuación, el Tribunal analizó qué criterios debía aplicar para determinar si los requisitos de concesión de una ayuda destinada a sufragar los gastos de manutención de los estudiantes se basan en consideraciones objetivas que no dependen de la nacionalidad. A tal efecto, el Tribunal analizó si la normativa controvertida en el litigio establecía una distinción basada en la nacionalidad entre los estudiantes que solicitaban las mencionadas ayudas. En relación con la normativa nacional, el Tribunal indicó en primer lugar que:

“Por lo que respecta a las personas no comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Reglamento núm. 1612/68, el apartado 1 del anexo 1 del Reglamento de ayudas a los estudiantes exige, para la concesión a los estudiantes de una ayuda destinada a sufragar sus gastos de manutención, que la persona de que se trate esté establecida en el Reino Unido a efectos de la legislación nacional y que cumpla determinados requisitos de residencia, a saber, que resida en Inglaterra o País de Gales el primer día del primer año académico y que haya residido en el Reino Unido o en las Islas durante tres años anteriores al primer día del curso.” (FJ 52)

Dicho lo anterior, el Tribunal advirtió que “Existe el riesgo de que tales exigencias perjudiquen principalmente a los nacionales de otros estados miembros” (FJ 53) y que “[la] diferencia de trato sólo podría estar justificada si se basara en consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional” (FJ 54).

A continuación, el Tribunal admitió que “es legítimo que un Estado miembro solamente conceda tal ayuda a los estudiantes que hayan demostrado cierto grado de integración en la sociedad del referido Estado” (FJ 57), si bien aclaró que “un Estado miembro no puede exigir, sin embargo, a los estudiantes de que se trate que demuestren la existencia de un vínculo con su mercado laboral” (FJ 58).

Así, en cuanto al posible vínculo que podía tomarse como referencia, el Tribunal indicó que:

“la existencia de un cierto grado de integración puede considerarse acreditada mediante la constatación de que el estudiante de que se trate residió en el Estado miembro de acogida durante un período determinado.” (FJ 59)

Dicho lo anterior, el Tribunal concluyó que:

“El requisito adicional según el cual los estudiantes solamente tienen derecho a una ayuda para sufragar sus gastos de manutención cuando estén también establecidos en el Estado miembro de acogida podría responder, [...] al objetivo legítimo de garantizar que el solicitante de la ayuda acredite cierto grado de integración en la sociedad de dicho Estado. Sin embargo, consta que la normativa controvertida en el litigio principal excluye cualquier posibilidad de que un nacional de otro Estado miembro obtenga, en su condición de estudiante, el estatuto de persona establecida. Por tanto, la citada normativa imposibilita que dicho nacional, sea cual fuere su nivel real de integración en la sociedad del Estado miembro de acogida, cumpla el referido requisito y, por consiguiente, disfrute del derecho a la ayuda que sufrague los gastos de manutención. Pues bien, un trato de este tipo no puede considerarse justificado por el objetivo legítimo que la propia normativa pretendía garantizar.” (FJ 61)

En consecuencia, el Tribunal respondió a la segunda cuestión en el sentido de que:

“se opone a una normativa nacional que únicamente conceda el derecho a una ayuda que sufrague sus gastos de manutención a los estudiantes que estén establecidos en el Estado miembro de acogida, excluyendo que un nacional de otro Estado miembro obtenga, en su condición de estudiante, el estatuto de persona establecida, aun cuando dicho nacional resida legalmente y haya efectuado una parte importante de sus estudios de enseñanza secundaria en el Estado miembro de acogida y, por consiguiente, haya establecido un vínculo real con la sociedad del referido Estado.” (FJ 63)

Tercera cuestión

Finalmente, el Tribunal dilucidó si, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia considere que una ayuda destinada a sufragar los gastos de manutención de los estudiantes está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Tratado en el sentido del artículo 12 de la CE, párrafo primero, deben limitarse en el tiempo los efectos de la sentencia.

Al respecto, el Tribunal declaró que:

“los datos proporcionados por el Gobierno del Reino Unido así como por los gobiernos alemán y austriaco no pueden sustentar su argumentación según la cual existe el riesgo de que la presente sentencia, si no se limitan sus efectos en el tiempo, tenga importantes consecuencias financieras para los estados miembros.” (FJ 70)

En consecuencia, el Tribunal consideró que no procedía limitar los efectos en el tiempo de la sentencia.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato y no-discriminación, ver las siguientes sentencias: STJCE de 12 de mayo de 1998 (TJCE 1998/92) Martínez Sala, C-85/96, Rec. p. I-2691, apartado 63; STJCE de 20 de septiembre de 2001 (TJCE 2001/235) Grzelczyk, C-184/99, Rec. p. I-6193, apartados 30 y 31; STJCE de 2 de octubre de 2003 (TJCE 2003/314) García Avello, C-148/02, Rec. p. I-11613, apartados 22 y 23; STJCE de 26 de junio de 2001 (TJCE 2001/180) Comisión/Italia, C-212/99, Rec. p. I-4923, apartado 24; STJCE de 23 de marzo de 2004 (TJCE 2004/73) Collins, C-138/02, Rec. p. I-0000, apartado 67; STJCE de 27 de noviembre de 1997 (TJCE 1997/246), Meints, C-57/96, Rec. p. I-6689, apartado 44.

Con respecto a las ayudas concedidas a los estudiantes: STJCE de 21 de junio de 1988 (TJCE 1988/170) Lair (39/86, Rec. p. 3161); STJCE de 21 de junio de 1988 (TJCE 1988/171), Brown (TJCE 1988, 171) (197/86, Rec. p. 3205).

Declarando que un nacional de un Estado miembro que se desplaza a otro a cursar estudios secundarios, hace uso de la libertad de circulación garantizada por el artículo 18 de la CE,

ver las siguientes sentencias: STJCE de 11 de julio de 2002 (TJCE 2002/221), D’Hoop (C-224/98, Rec. p. I-6191, apartados 29 a 34), (TJCE 1999/1205).

Sobre las prestaciones de asistencia social: STJCE de 7 de septiembre de 2004 (TJCE 2004/224), Trojani (C-456/02, Rec. p. I-0000), apartado 43.

Sobre el ejercicio a la libertad de circulación y residencia en el territorio de los estados miembros reconocido por el artículo 18 del TCE, ver las siguientes sentencias: STJCE de 24 de noviembre de 1998 (TJCE 1998/290) Bickel y Franz, C-274/96, Rec. p. I-7637, apartados 15 y 16 y, antes citadas, Grzelczyk (TJCE 2001/235), apartado 33, y García Avello (TJCE 2003/314), apartado 24.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Igualdad de trato de los licitadores. Exclusión en proceso de contratación de licitadores que hayan participado en trabajos preparatorios

SUPUESTO DE HECHO

Una empresa dedicada a las obras, que presentaba con frecuencia proposiciones relativas a contratos públicos, solicitó la anulación de un artículo del Real decreto de 25 de marzo de 1999, por el que se modificaba el Real decreto de 10 de enero de 1996, alegando que dicha disposición era contraria al principio de igualdad de trato entre todos los licitadores, al principio de efectividad de los recursos jurisdiccionales, garantizado por la Directiva 92/13, al principio de proporcionalidad, a la libertad de comercio y de industria y al respeto al derecho de propiedad, garantizado por el artículo 1 del protocolo adicional del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Al considerar que la solución del litigio exigía la interpretación de determinadas disposiciones de directivas en materia de contratos públicos, el Conseil d'État decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1) ¿Constituyen la Directiva 93/38 (LCEur 1993, 2561) [...], en particular su artículo 4, apartado 2, y la Directiva 98/4 (LCEur 1998, 1003) [...], en relación con el principio de proporcionalidad, la libertad de comercio y de industria y el respeto del derecho de propiedad, garantizado especialmente en el protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 20 de marzo de 1952 (RCL 1991, 81), un impedimento para que se prohíba presentar una solicitud de participación o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia?"

"2) ¿Sería diferente la respuesta a la cuestión anterior si las directivas antes citadas, en relación con el principio, la libertad y el derecho mencionados, se interpretaran en el sentido de que se refieren únicamente a las empresas privadas o que hayan realizado prestaciones a título oneroso?"

"3) ¿Puede interpretarse la Directiva 92/13 [...], en particular sus artículos 1 y 2, en el sentido de que la entidad adjudicadora puede, hasta el final del procedimiento de examen de las ofertas, denegar a la empresa vinculada a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de obras, suministros o servicios, la participación en el procedimiento o la presentación de una oferta cuando, al ser preguntada al respecto por la entidad adjudicadora, dicha empresa afirma que no dispone por ello de una ventaja injustificada que pueda falsear las condiciones normales de la competencia?"

Por otro lado, la misma empresa interpuso otro recurso solicitando la anulación del artículo 32 del Real decreto de 25 de marzo de 1999, por el que se modifica el Real decreto de 8 de enero de 1996. Las alegaciones eran en esencia las mismas que en el caso anterior. Dicho recurso también motivó que el Conseil d'État planteara las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1) ¿Constituyen la Directiva 92/50 [...], en particular su artículo 3, apartado 2, la Directiva 93/36 [...], en particular su artículo 5, apartado 7, la Directiva 93/37 [...], en particular su artículo 6, apartado 6, y la Directiva 97/52 [...], en particular sus artículos 2, apartado 1, letra b), y 3, apartado 1, letra b), en relación con el principio de proporcionalidad, la libertad de comercio y de industria y el respeto del derecho de propiedad, garantizado especialmente por el protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 20 de marzo de 1952, un impedimento para que se prohíba presentar una solicitud de participación o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servi-

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Segunda. Asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03. Cuestión prejudicial. Ponente C. W. A. Timmermans

FECHA: 3 de marzo de 2005

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 2.1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989 (adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras); artículos 1 y 2 de la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992 (contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones); artículo 3.2 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (adjudicación de los contratos públicos de servicios); artículo 5.7 de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, (adjudicación de contratos públicos de suministro); artículo 6.6 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (adjudicación de los contratos públicos de obras), y artículo 4.2 de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones)

DOCTRINA: Igualdad de trato de los licitadores. Exclusión en proceso de contratación de licitadores que hayan participado en trabajos preparatorios (FJ 27, 29, 30, 31, 33, 35, 36, 39, 44, 45 y 46)

cios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia?"

"2) ¿Sería diferente la respuesta a la cuestión anterior si las directivas antes citadas, en relación con el principio, la libertad y el derecho mencionados, se interpretaran en el sentido de que se refieren únicamente a las empresas privadas o que hayan realizado prestaciones a título oneroso?"

"3) ¿Puede interpretarse la Directiva 89/665 [...], en particular sus artículos 2, apartado 1, letra a), y 5, en el sentido de que la entidad adjudicadora puede, hasta el final del procedimiento de examen de las ofertas, denegar a la empresa vinculada a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de obras, suministros o servicios, la participación en el procedimiento o la presentación de una oferta cuando, al ser preguntada al respecto por la entidad adjudicadora, dicha empresa afirma que no dispone por ello de una ventaja injustificada que pueda falsear las condiciones normales de la competencia?"

El TJCE acordó la acumulación de ambas cuestiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Primera cuestión

En primer lugar, el Tribunal procedió a analizar si las disposiciones de Derecho comunitario suponían un impedimento para la aplicación de las disposiciones de Derecho interno invocadas, en cuya virtud se prohíbe participar o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales

obras, suministro o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia.

Al respecto, el Tribunal declaró en primer lugar que:

“el deber de respetar el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos.”

Acerca del principio de igualdad de trato, el Tribunal recordó que:

“exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente.” (FJ 27)

Entrando en el caso estudiado, el Tribunal advirtió que “una persona que se haya encargado de la investigación, de la experimentación, del estudio o del desarrollo de obras, suministros o servicios relativos a un contrato público (en lo sucesivo, una ‘persona que haya realizado determinados trabajos preparatorios’) no se encuentra forzosamente, respecto de la participación en el procedimiento de adjudicación de dicho contrato, en la misma situación que una persona que no haya realizado tales trabajos” (FJ 28), en la medida que “la persona que haya participado en determinados trabajos preparatorios puede verse favorecida a la hora de formular su oferta, en virtud de la información que haya podido obtener sobre el contrato público en cuestión al realizar los mencionados trabajos”, si bien “todos los licitadores deben disponer de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas” (FJ 29).

Por otro lado, el Tribunal señaló que:

“dicha persona puede encontrarse en una situación que dé lugar a un conflicto de intereses, en el sentido de que, [...] si licita en el mismo contrato público, puede influir involuntariamente en las condiciones de éste, orientándolo en un sentido que le sea favorable. Esta situación podría falsear la competencia entre los licitadores.” (FJ 30)

Lo anterior llevó al Tribunal a sostener que:

“teniendo en cuenta que la persona que haya efectuado determinados trabajos preparatorios podría hallarse en tal situación, no cabe afirmar que el principio de igualdad de trato obligue a tratarla del mismo modo que a cualquier otro licitador.” (FJ 31)

Dicho lo anterior, y en relación con el supuesto analizado, el Tribunal declaró que:

“una norma como la controvertida en el litigio principal no concede a la persona que haya realizado determinados trabajos preparatorios ninguna posibilidad de demostrar que, en su caso particular, no se plantean los problemas expuestos en [...] la presente sentencia.” (FJ 33)

Por ello, el Tribunal consideró que “esta norma va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de la igualdad de trato entre todos los licitadores” (FJ 34), por cuanto “puede llevar a excluir del procedimiento de adjudicación a personas que hayan realizado determinados trabajos preparatorios aun cuando su participación en dicho procedimiento no implique riesgo alguno para la competencia entre los licitadores” (FJ 35).

En consecuencia, el Tribunal llegó a la conclusión de que las normas comunitarias invocadas “se oponen a una norma como la prevista en los artículos 26 del Real decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real decreto de 10 de enero de 1996 y 32 del Real decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real decreto de 8 de enero de 1996, conforme a la cual se prohíbe presentar una solicitud de participación o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia” (FJ 36).

Segunda cuestión

El Tribunal consideró que no procedía responder a la segunda cuestión, declarando al respecto que “en las mencionadas directivas no hay ningún elemento que permita interpretar que éstas se refieren únicamente, [...] a las empresas privadas o que hayan realizado prestaciones a

título oneroso”, y que “el principio de igualdad de trato se opone a que solamente se hallen sometidas a una norma como la controvertida en el litigio principal las empresas privadas o que hayan realizado prestaciones a título oneroso que hayan efectuado determinados trabajos preparatorios, sin que suceda lo mismo con las empresas que no respondan a estas características y que también hayan llevado a cabo tales trabajos preparatorios” (FJ 39).

Tercera cuestión

En relación con la tercera cuestión planteada, el Tribunal declaró que:

“la facultad de la entidad adjudicadora de posponer hasta una fase muy avanzada del procedimiento la adopción de una decisión respecto a la posibilidad de que una empresa vinculada a una persona que haya realizado determinados trabajos preparatorios participe en el procedimiento o formule una oferta, cuando la entidad cuenta con todos los elementos necesarios para adoptar esta decisión, priva a dicha empresa de la facultad de invocar las normas comunitarias en materia de adjudicación de los contratos públicos frente a la entidad adjudicadora durante un período que se deja a la mera discrecionalidad de ésta y que puede prolongarse, si se da el caso, hasta un momento en el que las infracciones ya no puedan corregirse eficazmente.” (FJ 44)

Al respecto, el Tribunal advirtió que:

“Tal situación puede desvirtuar el efecto útil de las directivas 89/665 y 92/13, al permitir que se aplase injustificadamente la posibilidad que tienen los interesados de ejercer los derechos que les concede el Derecho comunitario. Además, resulta contraria al objetivo de las directivas 89/665 y 92/13 de protección de los licitadores frente a la entidad adjudicadora.” (FJ 45)

Lo indicado llevó al Tribunal a concluir que las normas comunitarias invocadas “se oponen a que la entidad adjudicadora pueda, hasta el final del procedimiento de examen de las ofertas, denegar a la empresa vinculada a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de obras, suministros o servicios la participación en el procedimiento o la presentación de una oferta cuando, al ser preguntada al respecto por la entidad adjudicadora, dicha empresa afirma que no dispone por ello de una ventaja injustificada que pueda falsear las condiciones normales de la competencia” (FJ 46).

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el principio de igualdad de trato entre contratistas o licitadores, ver las siguientes sentencias: STJCE de 14 de diciembre de 2004, Arnold André, C-434/02, Rec. pg. I-0000, apartado 68; STJCE Swedish Match (TJCE 2004/365), C-210/03, Rec. pg. I-0000, apartado 70; STJCE de 17 de septiembre de 2002 (TJCE 2002/251), Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. pg. I-7213, apartado 81; STJCE de 25 de abril de 1996 (TJCE 1996/73), Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. pg. I-2043, apartado 54.

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

Tribunal Supremo. Revisión de oficio de actos en vía administrativa

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Valencia aprobó la convocatoria y bases para la cobertura en propiedad de 159 plazas de auxiliares administrativos, mediante el sistema de oposición libre, a través de tres ejercicios cuya puntuación mínima de aprobado era de 5 puntos en cada uno de ellos. Celebradas las pruebas se procedió al nombramiento como funcionarios en propiedad de 159 aspirantes. Tras ello, varios aspirantes que habían superado las puntuaciones mínimas de 5 puntos en cada uno de los tres ejercicios de la oposición promovieron un recurso de reposición, que fue desestimado. Contra dicho acto desestimatorio, los recurrentes interpusieron un recurso contencioso-administrativo, que también fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia. Contra los actos anteriores, los candidatos interpusieron un recurso de amparo, al considerar que se habían vulnerado los artículos 14 y 23.2 de la CE. El Tribunal Constitucional estimó la demanda de amparo, reconociendo el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos establecido en el artículo 23.2 de la CE, declarando la nulidad de las resoluciones de la Alcaldía de Valencia y preservando el nombramiento de quienes aprobaron los ejercicios de la fase de oposición sin necesidad de que se aplicasen puntos obtenidos en la fase de concurso, declarando la nulidad de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

Al conocer la sentencia del Tribunal Constitucional, los aspirantes que no habían sido nombrados pese haber superado las puntuaciones mínimas de 5 puntos en cada uno de los tres ejercicios de la oposición, solicitaron al Ayuntamiento que les adjudicase una plaza de auxiliar administrativo. La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Valencia adoptó un acuerdo por el que nombraba auxiliares administrativos en propiedad a los que el Tribunal Constitucional había otorgado el amparo. Tras ello, los interesados restantes acudieron al Tribunal Constitucional solicitando que, en ejecución de la sentencia de amparo, se procediese a su nombramiento como auxiliares administrativos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional desestimó dicha pretensión, por entender que los solicitantes no habían sido parte en el recurso de amparo.

Los interesados instaron al Ayuntamiento que ejerciera la potestad de revisión de oficio y declarase la nulidad radical de los acuerdos municipales iniciales, por entender que vulneraban un derecho constitucional, solicitando su nombramiento como auxiliares administrativos o, subsidiariamente, funcionarios del Ayuntamiento de Valencia. Contra la desestimación presunta de la petición, los candidatos promovieron un recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia. Contra dicha resolución, interpusieron un recurso de casación por infracción del artículo 102 de la Ley 30/1992 y por quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia –incongruencia omisiva– y vulneración de los artículos 67.1 y 33.1 de la LJCA y 24.1 de la CE.

El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Como primer motivo de casación, los recurrentes invocaban la vulneración del artículo 102 de la LRJPAC. Al respecto, el recurrente alegaba que la sentencia impugnada había desestimado el recurso contencioso-administrativo argumentando que la revisión de oficio es una potestad administrativa y que no existe un derecho del particular a imponer la declaración de nulidad y haciendo suyo el dictamen del Consejo de Estado, reconocía que en el presente supuesto faltaba la premisa básica que la Ley exige para la revisión de oficio: la existencia en el mundo del Derecho de un acto administrativo al que se imputara un vicio jurídico y concluía que no era posible que la Administración revisara unos actos que el Tribunal Constitucional había declarado nulos de pleno derecho.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 3957/1999

FECHA: 22 de marzo de 2005

PONENTE: Excmo. Sr. Juan José González Rivas

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Valencia

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC)

DOCTRINA: Revisión de oficio de actos en vía administrativa (FJ 8 y 9)

Sin embargo, el Tribunal consideró que:

“la sentencia impugnada no se ajusta a derecho al considerar la revisión de oficio como una potestad discrecional de la Administración, pues el Ayuntamiento estaba obligado a iniciar la revisión de oficio del acto, ya que, en el caso examinado, el examen de fondo está condicionado a la previa tramitación del procedimiento adecuado por la Administración municipal, autora del acto que desembocó, inicialmente, en una desestimación presunta, por silencio, que denegó la revisión, pues si bien el Tribunal Constitucional limitó la declaración de nulidad ‘al reconocimiento y restablecimiento del derecho de los recurrentes en amparo’, es evidente que los acuerdos de nombramiento siguen manteniendo eficacia en la parte de la nulidad del acuerdo en cuanto a los no recurrentes en amparo, lo que ha de ser objeto de la tramitación de una revisión de oficio, cuyo examen quedó imprejuizado por el Consejo de Estado, al reconocer la falta del presupuesto previo, consistente en la ausencia de acto previo y en la parte del Acuerdo que no fue afectado por la sentencia constitucional, pues los aquí recurrentes superaron las pruebas previstas en la convocatoria, de modo que lo que se solicitó era la revisión del Acuerdo que el Tribunal Constitucional había declarado nulo y el nombramiento de quienes habían ganado el concurso.” (FJ 8)

Por su parte, el Tribunal señaló que:

“en coherencia con reiterada jurisprudencia de esta Sala [...] no corresponde a esta jurisdicción entrar a conocer del acto, sino ordenar a la Administración municipal que inicie una nueva revisión de oficio y concluya dictando la pertinente resolución expresa, en orden a determinar si existe la nulidad o anulabilidad pretendida, pues la sala de instancia ha ignorado que el acuerdo sigue produciendo efectos jurídicos plenos, porque los funcionarios ilegalmente nombrados siguen en sus puestos y de confirmarse la sentencia impugnada, se llegaría a la conclusión que un acto que el Tribunal Constitucional ha calificado expresamente como nulo de pleno derecho puede seguir produciendo efectos mucho tiempo después.” (FJ 8)

Por su parte, en relación con la interpretación efectuada por la sala de instancia con respecto a la revisión de oficio, el Tribunal declaró lo siguiente:

“resulta que la interpretación de la sala de instancia es incompatible con el significado y la naturaleza de la revisión de oficio, tal como se contempla en el artículo 102 de la Ley 30/1992, pues la revisión de oficio es una acción de nulidad independiente de los restantes recursos administrativos y su razón de ser es que la propia Administración ‘vuelva a examinar el acto’, contrastando de nuevo sus fundamentos de derecho, de modo que la existencia de una sentencia del Tribunal

Constitucional que declara la nulidad del acto que se pretende revisar no puede considerarse nunca un obstáculo impeditivo para ello, cuando la declaración de nulidad a cargo del Tribunal Constitucional supone la apreciación de la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho, que vincula a los jueces y tribunales (artículo 5 de la LOPJ) y es el instrumento válido para iniciar el procedimiento de nulidad y cuando el previo dictamen del Consejo de Estado ha dejado sin valorar, por falta de presupuesto previo, el tema de fondo.” (FJ 9)

En consecuencia, el Tribunal señaló que:

“en este caso, reconocemos que sea la propia Administración la que inicie un nuevo procedimiento de revisión, ejerza sus potestades de anulación y, en su caso, prive total o parcialmente de eficacia jurídica a un acto viciado de nulidad, ya que la sentencia del Tribunal Constitucional puede constituir el punto de partida y fundamento de la revisión y ser, precisamente, el presupuesto del acto formal de revocación, pero nunca un elemento impeditivo del mismo y será, una vez

admitido, el inicio del expediente de revisión de oficio ante la Administración municipal, que ha sido negado por el acto originariamente impugnado y por la sentencia recurrida, cuando habrá que ponderar las circunstancias concurrentes y los límites del artículo 106 de la Ley 30/1992, previo dictamen del Consejo de Estado que ha de valorar estas circunstancias.” (FJ 9)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal entendió que se había vulnerado el artículo 102 de la LRJPAC, estimando parcialmente el recurso, anulando la sentencia impugnada y reconociendo a favor de los actores la admisión y tramitación de un nuevo expediente de revisión de oficio.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la necesidad de tramitación de un nuevo expediente de revisión de oficio, ver las siguientes sentencias: STS de 24 de octubre de 2000 (Aranzadi 2000/9005) y STS de 12 de diciembre de 2001 (Aranzadi 2002/1122).

Tribunal Supremo. Uso irregular de sellos de visado del Colegio de Arquitectos. Prescripción de infracciones disciplinarias

SUPUESTO DE HECHO

La Comisión de Depuración Profesional del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España sancionó a varios colegiados con la expulsión del mismo y la suspensión temporal del ejercicio profesional en todo el territorio nacional por el plazo de dos años, por el uso irregular de sellos de visado del Colegio de Arquitectos de Cantabria. Dicha sanción fue confirmada por el Tribunal Profesional del mencionado Colegio y reducida en apelación por el Consejo Superior de Colegios de Arquitectos a un año.

Durante la tramitación del mencionado expediente, el Colegio presentó denuncia por los hechos. En 1989, La Audiencia Provincial de Santander condenó a los inculpados por el delito de uso de sellos falsos. Interpuesto un recurso de casación por los acusados, el Tribunal Supremo los absolvió, por considerar que los hechos no encajaban en el tipo penal aplicado. Dicha sentencia fue notificada al Colegio de Arquitectos en 1991. La Comisión de Depuración Profesional tuvo conocimiento de dicha resolución en noviembre de 1991. En febrero de 1992, la Comisión de Depuración Profesional aprobó el pliego de cargos formulado por la Comisión de Deontología, y en julio de ese año impuso la sanción a que se ha hecho referencia.

Los colegiados interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Consejo Superior de Colegios de Arquitectos, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Contra dicha resolución, interpusieron un recurso de casación. El Tribunal supremo estimó el recurso de casación y desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Como motivos de casación, los recurrentes alegaban la prescripción de las infracciones disciplinarias, señalando al respecto que entre las conductas objeto de sanción y la incoación del expediente administrativo sancionador, que no fue comunicado a los afectados, había transcurrido el plazo de prescripción aplicable, plazo que, a falta de previsión de la normativa del Colegio, era el de dos meses previsto en el Código penal vigente en el momento de los hechos para las faltas.

Sobre este punto, el Tribunal consideró que:

“Tiene razón la parte actora y ha de ser casada la sentencia de instancia. En efecto, se aplica en ella el plazo previsto en el régimen disciplinario de los funcionarios, apelando también a jurisprudencia del Tribunal Supremo. [...] se ha reiterado de manera constante [...] de que el plazo de prescripción para las infracciones administrativas en caso de que la legislación administrativa específica no contemplase previsión al respecto, es el previsto en el citado artículo 113 del Código penal, de dos meses.” (FJ 2)

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 459/2002

FECHA: 2 de marzo de 2005

PONENTE: Excmo. Sr. Eduardo Espín Templado

DEMANDANTE: Miembros del Colegio de Arquitectos

DEMANDADO: Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 113 del Código penal

DOCTRINA: Uso irregular de sellos de visado del Colegio de Arquitectos. Prescripción de infracciones disciplinarias (FJ 2, 4 y 5)

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso de casación, el Tribunal entró a resolver el recurso contencioso-administrativo.

En este sentido, en primer lugar los recurrentes alegaban la prescripción por el transcurso de dos meses desde el momento de la comisión de los hechos sancionados, hasta que se inició el procedimiento sancionador y fue comunicado a los interesados. También afirmaban que volvió a transcurrir el plazo de prescripción desde que fue notificada la sentencia del Tribunal Supremo que les absolvió hasta que se formuló el pliego de cargos y el mismo fue notificado a los afectados.

Antes de analizar si efectivamente había transcurrido el plazo de prescripción, el Tribunal advirtió que:

“Tanto los hechos sancionados como el transcurso íntegro del expediente sancionador se produjeron antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1992.” (FJ 4)

En relación con los plazos de prescripción, el Tribunal recordó que:

“con anterioridad a la Ley 30/1992 no era preciso para la interrupción del plazo de prescripción la existencia de una resolución formal de incoación y su notificación al interesado sino que, tal como establecía el Código penal en su artículo 114 –actual 132.2–, dicha interrupción se produciría ‘desde que el procedimiento se dirija contra el culpable’, con independencia que ese mismo inicio de las actuaciones fuese conocido por el afectado. Así lo entendía la jurisprudencia de este Tribunal tanto para el ámbito penal como para el administrativo [...]” (FJ 4)

Dicho esto, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Así las cosas [...] es evidente que no se produjo la prescripción en el primero de los dos momentos en los que se alega. En efecto, de acuerdo con los hechos declarados probados en la jurisdicción penal, a los que hemos de atenarnos, los inculpados [...] ‘desde el año 1983 y hasta el mes de julio de 1986 utilizaron y estamparon en varias certificaciones’. Teniendo en cuenta que los proyectos firmados por alguno de los dos arquitectos sancionados llegan hasta junio de 1986, la afirmación de la sentencia hay que entenderla en el sentido de que la infracción de uso irregular del sello colegial por ambos arquitectos se prolongó hasta junio, inclusive, de dicho año.” (FJ 4)

Asimismo, el Tribunal señaló que:

“no cabe duda de que la interrupción del plazo de prescripción se produce desde el momento en que tiene lugar la comparecencia de uno de los dos inculpados ante la Junta de Gobierno del Colegio de Cantabria, que le pide explicaciones y ante la que el comparecido devuelve un sello falso. Pues es evidente que ese momento supone ya una actuación encaminada a la averiguación de lo sucedido respecto al uso irregular del sello colegial por los arquitectos afectados, con el añadido de que tal actuación implica por sí misma que los afectados conocen a partir de ese mismo momento que se están efectuando averiguaciones sobre unas graves irregularidades que les afectan a ambos directa y personalmente.” (FJ 4)

Por su parte, el Tribunal también negó que se hubiera producido la prescripción de la infracción en el segundo momento al que se referían los actores. Sobre este punto, el Tribunal advirtió que:

“la Sentencia absolutoria del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1991 le fue notificada al Colegio de Arquitectos de Cantabria el 23 de octubre de 1991. Pues bien, a partir de ahí no se produjo ninguna interrupción de la actividad instructora, como alegan los recurrentes, que en realidad lo que aducen es que no se produjo ningún acto que les fuera formalmente comunicado a ellos hasta la notificación del pliego de cargos formulado en primer lugar.” (FJ 5)

Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

“la circunstancia de que no hubiera un acto formal de reanudación del expediente notificado a los afectados no impidió que se produjera la interrupción de la prescripción desde el momento en que el procedimiento se dirigió de nuevo contra los inculpados. En este sentido, sin

duda, la remisión de la sentencia por parte de la Junta de Gobierno a la Comisión de Depuración Profesional el 4 de noviembre supone un acto que interrumpe la prescripción, aun cuando la misma no fuese notificada a los actores. En efecto, a partir de la notificación de la sentencia penal de casación el 23 de octubre, el Colegio y sus órganos disciplinarios actuaron con diligencia, como lo prueba la reunión de la Comisión de Depuración Profesional el 20 de noviembre, y la formulación del pliego de cargos el 5 de febrero. Pues bien, a este respecto hemos dicho ya en varias ocasiones que no se produce la prescripción cuando no hay paralización de la actividad indagatoria, sino que se producen actos de instrucción.” (FJ 5)

Finalmente, el Tribunal también desestimó la alegación basada en la falta de proporcionalidad de la imposición de la sanción invocada por el recurrente, por considerar que:

“el órgano sancionador justificó adecuadamente la gravedad de la infracción cometida con indicación de los criterios que le llevaban a acordar la sanción impuesta.” (FJ 5)

El órgano sancionador había alegado, entre otros aspectos, que:

“Es claro que el uso de un sello colegial, sin la intervención del Colegio, y por persona, como en el caso de D. Augusto, que ha ostentado cargo de secretario del Colegio y en razón de ello pudo retener aquel sello, utilizándolo para sus fines propios, dando la apariencia a determinados documentos de haber sido visados y controlados colegialmente, contra la realidad, entra de lleno en aquella falta de probidad moral que no puede por menos de causar gran escándalo e inquietud entre el colectivo profesional, y atenta claramente a la exigible seguridad jurídica de los colegiados y sus clientes; ello aun sin tomar en cuenta el perjuicio de los derechos económicos colegiales al haber dejado de ingresar por tal procedimiento importantes cantidades.”

En virtud de lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la prescripción para las infracciones administrativas en el caso de que la legislación administrativa específica no contemplase previsión al respecto, ver la siguiente sentencia: STS de 22 de enero de 1997 (Aranzadi 1997/437).

Tribunal Supremo. Principio de libre competencia. Ejecución por la propia Administración de contratos de obras a través de una empresa pública

SUPUESTO DE HECHO

Una asociación de empresas forestales y la Asociación de Empresas Restauradoras del Paisaje y Medio Ambiente denunciaron a una tercera empresa (Tragsa) por supuestas conductas prohibidas por la Ley de defensa de la competencia, consistente en operar en el mercado español obras, servicios y proyectos forestales con abuso de posición de dominio, al no seguir los procedimientos de adjudicación previstos en la Ley 13/1995, de contratos de las administraciones públicas. El Servicio de Defensa de la Competencia acordó el sobreseimiento del expediente. Contra dicho acuerdo, las empresas denunciadas interpusieron recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, que desestimó el recurso. Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, éste fue desestimado por la Audiencia Nacional. Contra dicha resolución, interpusieron un recurso de casación. El Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE relativa a la compatibilidad con el Derecho comunitario de la consideración de Tragsa y sus filiales como medios propios de la Administración del Estado y su consiguiente exención del régimen general de contratación mediante concurso público, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y del 153.1.a) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratación de las administraciones públicas.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Auto (planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)

FECHA: 1 de abril de 2005

PONENTE: Excmo. Sr. Eduardo Espín Templado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 86.1 del TUE; directivas 93/36/CEE del Consejo y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, y las directivas 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1997, y 2001/78, de la Comisión, de modificación de las anteriores –normativa recientemente refundida en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004–

DOCTRINA: Principio de libre competencia.

Ejecución por la propia Administración de contratos de obras a través de una empresa pública (FJ 4)

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal hizo referencia a la naturaleza jurídica de la empresa demandada. Al respecto, recordó que, según se indicaba en la sentencia impugnada, “El régimen jurídico de la Sociedad de Transformación Agraria se perfila en el artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que establece que Tragsa es una sociedad estatal de las previstas en el artículo 6.1.a) de la Ley general presupuestaria, que cumple servicios esenciales en materia de desarrollo rural y conservación del medioambiente. Es un medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, que está obligada a realizar, por sí misma o por sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes”. Por tanto, “desde su constitución y hoy por disposición expresa con rango de ley, Tragsa es un medio propio y servicio técnico de la Administración, que está obligada a realizar los trabajos que le encomienden la Administración del Estado o las comunidades autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes, es decir, Tragsa es Administración pública, que carece de autonomía para aceptar o rechazar trabajos encomendados por la Administración”. En consecuencia, “Tragsa no es un operador económico que goce de independencia ni en la aceptación de las demandas de trabajo provenientes de las administraciones públicas ni en la formación de los precios. Las obras que realiza Tragsa son, a todos los efectos, obras que realiza la propia Administración, supuesto este previsto en el artículo 153 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas (LCAP)” (FJ 4).

En este sentido, el Tribunal declaró que:

“En principio parece claro que la configuración de Tragsa como medio propio de la Administración por parte del artículo 88 de la Ley 66/1997 respaldaría plenamente la respuesta dada por los órganos de defensa de la competencia y por parte de la sentencia recurrida respecto a la regularidad jurídica de la actuación de Tragsa, que no sería sino una actuación de la propia Administración al margen del sistema de libre competencia, la cual no se vería afectada por la ejecución de obras por la Administración en los supuestos legalmente previstos. Más aún, de acuerdo con el artículo 152.1.a) de la vigente Ley de contratos de las administraciones públicas —que sucede al 153.1.a) del texto de 1995 y al 60.1 de la anterior Ley de contratos del Estado de 1965—, en los supuestos en los que la Administración tiene un servicio propio es esa la vía de actuación normal. La libre competencia no se vería afectada porque no supondría el trato privilegiado a ninguna empresa, ya que Tragsa, pese a su configuración como empresa pública con personalidad jurídica propia, no entra en el juego de la libre competencia, sino que se limita a ejecutar las intervenciones que la Administración le ordena, sin capacidad ni para negarse a actuar ni para determinar los precios y costes de su actuación. Es, en definitiva, una forma de actuar directamente la propia Administración.” (FJ 4)

Dicho lo anterior, el Tribunal planteó sus dudas ante el TJCE sobre su compatibilidad con el sistema de Derecho comunitario, al considerar que el régimen legal atribuido por el artículo 88 de la Ley 66/1997 pudiera ser contrario al régimen de derecho comunitario sobre contratación pública, aun considerando la admisibilidad en términos comunitarios de que la Administración pueda efectuar por sí misma determinadas obras, y ello con independencia del umbral económico de los contratos a celebrar.

Al respecto, el Tribunal señaló en primer lugar, que había que tener en cuenta que, como principio general, la adjudicación de contratos por autoridades públicas y organismos de ese carácter está sometida, con independencia de su cuantía, a los principios del Tratado de la Unión Europea, y, en particular, “los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no-discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia [...]” (FJ 4).

Sobre esta cuestión, el Tribunal señaló que “un régimen legal como el de Tragsa que atribuye *ex lege* a una empresa pública la consideración de medio propio de la Administración y le permite efectuar todo tipo de obras de acuerdo con lo prevenido en la legislación sobre contratación administrativa con el solo límite de una determinada cuantía del contrato a partir de 1995 —restricción que a partir del vigente texto del 2000 sólo opera en los supuestos en los que la sociedad pública actúa en colaboración con particulares—, puede presentar problemas de compatibilidad con los citados principios de Derecho comunitario” (FJ 4).

A continuación, el Tribunal señaló que:

“Tampoco la existencia de un umbral por debajo del cual la Administración está habilitada por el derecho comunitario para ejecutar directamente las obras, como argumenta el abogado del Estado, resuelve las dudas planteadas.” (FJ 4)

Sobre este punto, el Tribunal advirtió que:

“La denuncia, formulada en 1996, se refiere a la actuación de Tragsa estando todavía vigente la Ley de contratos del Estado de 1965, cuyo artículo 60.1 no contemplaba límite cuantitativo alguno para la ejecución directa de obras por los servicios propios de la Administración. [...] Quiere decirse con ello que en gran parte del período contemplado en la denuncia, [...], Tragsa no tenía limitación para actuar en razón del importe de las obras [...]” (FJ 4)

A continuación, el Tribunal advirtió que:

“Es preciso también tener en cuenta que la legislación sobre contratación administrativa a la que se ha hecho referencia enumera diversos supuestos que permiten la ejecución directa de obras por la Administración, siendo uno de tales supuestos el mencionado de tener servicios propios el que ha amparado la actuación de Tragsa.”

Al respecto, el Tribunal indicó que:

“dicho supuesto no está condicionado por ningún otro requisito o circunstancia como pudieran serlo las razones de urgencia o interés público relevante, que operan como otro supuesto diferenciado: ‘cuando se trate de la ejecución de obras que se consideren de emergencia con arreglo a lo previsto en esta Ley’ [artículo 152.1.d), del vigente texto refundido del 2000]. Así pues, basta que la Administración tenga servicios propios, como en este caso se considera a la empresa pública Tragsa y sus filiales, para que pueda atribuirle todo tipo de trabajos sin más requisitos, con el único límite cuantitativo ya mencionado.” (FJ 4)

Por otro lado, el Tribunal declaró que:

“Parece presentar igualmente problemas de compatibilidad con los principios generales del derecho comunitario la posibilidad de que por medio de la participación directa de la Administración y haciendo uso de la habilitación legal contemplada en los citados preceptos de las sucesivas leyes reguladoras de la contratación administrativa, la Administración asuma por mediación de una sociedad pública que recibe la consideración legal de medio propio, un número tal de contratos que altere de manera decisiva el mercado relevante.” (FJ 4)

Finalmente, el Tribunal hizo la siguiente aclaración:

“esta Sala no desconoce las decisiones del Tribunal de Justicia en las que se ha pronunciado directa y expresamente sobre Tragsa [...] declarando que efectivamente ha de ser considerada como una forma de actuación directa de la propia Administración, habida cuenta de su falta de autonomía para actuar y para determinar el coste de su actuación. Sin embargo, en el presente asunto la parte demandante ha puesto de relieve unas circunstancias de hecho no consideradas en la citada sentencia, como lo es la ya mencionada participación de la empresa pública en un determinado mercado (el de obras de naturaleza agrícola) en un grado tan destacado que pudiera producir una alteración substancial del mismo, por mucho que la actuación de la citada empresa pública sea formalmente ‘ajena al mercado’, en la medida en que desde un punto de vista jurídico sea la propia Administración la que actúa.” (FJ 4)

Por lo expuesto, el Tribunal acordó plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la siguiente cuestión prejudicial:

“Primero. Si es admisible en los términos del artículo 86.1 del Tratado de la Unión Europea que un Estado miembro de la Unión atribuya

buya *ex lege* a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las directivas europeas a este respecto.

“Segundo. Si un régimen jurídico semejante sería compatible con lo establecido en las directivas 93/36/CEE del Consejo y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, y las directivas 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1997, y 2001/78, de la Comisión, de modificación de las anteriores —normati-

va recientemente refundida en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004.

“Tercero. Si las afirmaciones de la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 8 de mayo de 2003 (TJCE 2003, 122) (asunto C-349/97, Reino de España contra Comisión) son aplicables en todo caso a Tragsa y sus filiales, teniendo en cuenta el resto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de contratación pública, y considerando que la Administración encarga a Tragsa un alto número de obras que quedan detraídas del régimen de libre competencia, y que esta circunstancia pudiera suponer una distorsión significativa del mercado relevante.”

Tribunal Supremo. Denegación de licencia de obras en dominio marítimo-terrestre. Deslinde de zona marítimo-terrestre

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Miengo denegó una licencia de obras para el proyecto básico de apartotel en una playa. El interesado interpuso un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, siendo éste desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Frente a dicha resolución, fue interpuesto un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que desestimó el recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el recurrente invocaba la vulneración de los artículos 6.3 de la Ley de costas de 1969 y la jurisprudencia que lo ha interpretado, así como los artículos 348 del Código civil, 34 de la Ley hipotecaria y 33.1 de la CE. Al respecto el recurrente alegaba que la denegación de la licencia solicitada se amparaban en la previa existencia de un deslinde marítimo-terrestre, aprobado por Orden ministerial de 4 de diciembre de 1985, del cual resultó incluida como dominio público marítimo-terrestre una porción de la finca de la recurrente; se trató de un deslinde llevado a cabo al amparo de la Ley 28/1969, de 26 de abril, de costas, la cual, tratándose de fincas inscritas, no otorgaba al deslinde otro efecto que la posibilidad de que la Administración del Estado ejercitase las acciones judiciales pertinentes (reivindicatoria o declarativa del dominio) para hacer suyos los terrenos incluidos en la zona marítimo-terrestre, si bien la disposición no llevaba consigo ni la atribución automática o *ex lege* de dichos terrenos ni la atribución de la condición de bienes de dominio público.

Sobre esta cuestión, el Tribunal advirtió que, se acuerdo con lo establecido por su propia jurisprudencia “desde la entrada en vigor de la Constitución no es posible, en ningún caso, la existencia de parcelas de propiedad privada en esa zona” (FJ 4).

A continuación, el Tribunal recordó que “Así deriva terminantemente de su artículo 132, 2: este precepto después de ‘remitirse’ a la Ley para la concreción de qué bienes integran el dominio público estatal, abandona ese criterio para asumir el directo protagonismo en la definición del dominio público marítimo incluyendo dentro de éste ‘en todo caso’ la zona marítimo-terrestre” (FJ 4).

A continuación, el Tribunal señaló que:

“En relación con la eventual existencia de enclaves de propiedad privada en el dominio público, señala que si éstos se mantuviesen en los términos actuales, las limitaciones que al uso y aprovechamiento de tales bienes pudiera resultar de la nueva regulación legal no podrían ser consideradas, aunque fueran más intensas que las anteriores, como privación del derecho de propiedad.” (FJ 4)

Asimismo, el Tribunal indicó que:

“Esta regulación expresa para los casos de terrenos no deslindados es análogamente aplicable a los casos de terrenos deslindados conforme a la Ley 28/1969, de 26 de abril pero que han de serlo conforme a los criterios de la nueva Ley 22/1988, aunque la disposición transitoria 1.4 no sea tan explícita.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 306/2002

FECHA: 23 de febrero de 2005

PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Miengo

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 33.1 de la CE; artículos 6.3 de la Ley de costas de 1969; artículos 348 del Código civil; artículo 34 de la Ley hipotecaria; artículos 3, 4, 5, 14 y 44.5 de la Ley de costas 22/1988; artículo 242.2 de la Ley del suelo; artículo 3.1 del Reglamento de disciplina urbanística; artículos 8 y 11 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, y artículo 84.3 de la Ley reguladora de las bases de régimen local

DOCTRINA: Denegación de licencia de obras en dominio marítimo-terrestre. Deslinde de zona marítimo-terrestre (FJ 4, 5, 6 y 7)

“Y la conclusión de todo ello es clara: lo que importa en la regulación legal no es el terreno tal como ha sido transformado por obras o instalaciones sino tal como es por naturaleza; las características naturales son las que determinan su calificación jurídica y son las que han de ser tenidas en cuenta al trazar el deslinde.” (FJ 5)

Finalmente, con respecto al primer motivo de casación, el Tribunal declaró que:

“en relación con las situaciones existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la LC, problema que se aborda en las transitorias de esa Ley de 1988, que los efectos del deslinde de la zona marítimo-terrestre son distintos en la Ley de 1969 y en la vigente: en la Ley de costas de 1969—como en la Ley de montes de 21 de noviembre de 2003 (artículo 21)— el deslinde declaraba únicamente el estado posesorio (cfr. artículo 6, 3, inciso segundo), mientras que conforme al artículo 13 de la Ley de costas de 1988, sobre el que el abogado del Estado hace pivotar su argumentación, el deslinde declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado.”

Como segundo motivo de casación, se alegaba la infracción del artículo 4.1 de la LJCA y la doctrina jurisprudencial correspondiente, al no pronunciarse sobre una cuestión si la porción de la parcela que se incluía en el deslinde era, verdaderamente, dominio público, cuestión que se calificaba de previa y que, pese a revestir un carácter civil, entendían que había de ser necesariamente enjuiciada, a los solos efectos del recurso, por este orden jurisdiccional, de conformidad con el artículo 4.1 mencionado.

Al respecto, el Tribunal señaló que:

“Existen, realmente, dudas acerca de si lo planteado, y no resuelto por la sentencia de instancia —según se expresa—, se trata de una cuestión previa [...] o de una cuestión de carácter prejudicial [...]”.

Y a continuación declaró lo siguiente:

“En el supuesto de autos el deslinde aprobado, como hemos señalado, fue realizado conforme a la LC/1969, y, en consecuencia, lo pretendido por la recurrente es que esta jurisdicción, ceñida a cumplir su deber de controlar la decisión administrativa de 1985 —por la que se declaró el dominio público de parte de la parcela de la entidad recurrente—, compruebe si los expresados terrenos cuentan, en la actualidad, con las características contempladas en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley de costas 22/1988. Obviamente tal proceder constituye el cometido propio que a la jurisdicción del orden contencioso-administrativo atribuye tanto el artículo 1 de la vigente Ley jurisdiccional, como el artículo 24 de la Ley orgánica del Poder Judicial, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar las acciones de que se crean asistidos en relación con la titularidad dominical de los terrenos ante la jurisdicción civil (artículo 14 de la Ley de costas 22/1988).” (FJ 5)

En este sentido, el Tribunal declaró que:

“tal nuevo deslinde —con arreglo a la LC de 1988— no nos consta que haya sido realizado por la Administración; por ello, bien pudiéramos entender el planteamiento como una cuestión previa (que, en realidad, deberíamos considerar como un incidente de la cuestión principal sin entidad para ser por sí misma el objeto de las pretensiones en un procedimiento principal —con dificultades de considerar en el supuesto de autos—), bien como cuestión prejudicial (de difícil encaje tratándose del mismo orden jurisdiccional), siempre contaríamos con la dificultad de realizar un pronunciamiento —aun con las características de provisionalidad que se pretende— sin la previa decisión administrativa. No se trata, pues, de pronunciarse —previa o prejudicialmente— sobre la legalidad del deslinde de 1985, sino de hacerlo en relación con un deslinde, que no nos consta realizado, y que, en su caso, podría haberse realizado con arreglo a los nuevos parámetros que se contienen en la LC de 1988.” (FJ 5)

Por ello, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“Entendemos, pues, que no se trata de una cuestión civil, concerniente al carácter de propiedad privada de las fincas registrales afectadas, sino de una cuestión propia de este orden jurisdiccional, cual sería el pronunciarse sobre la legalidad de un deslinde (del que derivaría la naturaleza de las fincas), que, sin embargo, no nos consta concluido.” (FJ 5)

En consecuencia, desestimó el segundo motivo de casación.

Como tercer motivo de casación, se entendían infringidos por la entidad recurrente los artículos 3.1 y 44.5 de la LC, desarrollado el último por la disposición transitoria 20 del RC, así como la Ley de paseos marítimos de 24 de julio de 1918, modificada por la de 26 de diciembre de 1957 (Ley, expresamente derogada por la disposición derogatoria 1 de la LC, pero cuyos efectos respecto de los paseos ya construidos mantiene la disposición transitoria 20). En relación con las disposiciones invocadas, el Tribunal indicó que:

“Tanto el citado artículo 44.5 de la LC, como el 94.1 del RC disponen que ‘los paseos marítimos se localizarán fuera de la ribera del mar y serán preferentemente peatonales’, añadiéndose en la disposición transitoria 7.3 de la LC que el citado ‘artículo 44.5 no será de aplicación a las zonas clasificadas como urbanas a la promulgación de esta Ley, en casos debidamente justificados.’” (FJ 6)

A propósito de la citada normativa, el recurrente alegaba que la parcela para la que se solicitó la licencia limitaba, no con el mar, sino con la acera del paseo marítimo, de modo que, según el recurrente, no existía ningún signo físico que denotara que la parcela formara parte de la playa o de la ribera del mar, tratándose, simplemente, de un solar que accede a un paseo marítimo construido con la intervención y previa concesión de la Administración de costas, teniendo en cuenta un anterior deslinde aprobado en 1960. De lo anterior, el recurrente deducía que la licencia para la que se solicitaba la licencia era “jurídica y regis-

tralmente dominio privado”, sin posibilidad de ser calificada como dominio público marítimo según la Ley de paseos marítimos y la realidad física.

El Tribunal también desestimó dicho motivo, declarando lo siguiente:

“Con reiteración [...] nos hemos pronunciado sobre la cuestión relativa a las facultades de la Administración para proceder al deslinde cuando no se ha alterado la configuración del dominio público por no haberse producido un hecho físico determinante de un cambio morfológico, rechazando que sólo a través de la revisión de oficio de los actos de la Administración, contemplada en el artículo 103.1 de la Ley de procedimiento administrativo, podría anularse el deslinde practicado con anterioridad. En tal sentido hemos señalado que el procedimiento de deslinde, contemplado en el capítulo III del título I de la Ley de costas 22/1998, de 28 de julio, tiene como finalidad constatar y declarar que un suelo reúne las características físicas relacionadas en los artículos 3, 4 y 5 de dicha Ley, sin que ello comporte la imposibilidad de practicar ulteriores deslindes si el llevado a cabo resulta incorrecto, incompleto o inexacto, aunque no haya cambiado la morfología de los terrenos, ya que el dominio público marítimo-terrestre viene configurado por hechos naturales que el deslinde se limita a comprobar, por lo que resulta innecesario usar el procedimiento de revisión de los actos administrativos contemplado en el capítulo primero del título VII de la Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999, pues con el deslinde no se persigue la revisión de actos contrarios al ordenamiento jurídico sino la determinación del dominio público marítimo-terrestre a fin de constatar si efectivamente un terreno reúne o no las características contempladas en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley de costas, y ello cuantas veces fuese necesario, bien de oficio o a petición de cualquier interesado, por lo que no cabe argüir, para impedir el deslinde, la existencia de otro practicado anteriormente y, si, como al parecer sucedió en este caso, el deslinde aprobado por Orden Ministerial de 5 de noviembre de 1974 no incluyó algunos suelos que reunían las características físicas contempladas en el apartado b) del artículo 3.1 de la vigente Ley de costas, no existe obstáculo legal alguno para practicar otro que, comprobando esa realidad, así lo declare, con lo que ni la Administración del Estado ni la sala de instancia, al confirmar la decisión de aquella, han conculcado lo establecido en los artículos 3.1 y 12.6 de la Ley de costas ni tampoco la disposición transitoria tercera de ésta, de cuyo contenido se deduce que la clasificación urbanística de los terrenos no afecta a la naturaleza del dominio público marítimo-terrestre sino a los posibles usos de éste, razones todas por las que el segundo motivo de casación debe también ser desestimado.” (FJ 6)

Finalmente, se consideraban infringidos los artículos 242.2 de la Ley del suelo, 3.1 del Reglamento de disciplina urbanística, 8 y 11 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales y 84.3 de la Ley reguladora de las bases de régimen local, que configuran el otorgamiento de las licencias municipales de obras como actividad reglada, así como la doctrina jurisprudencial, por no haberse negado en la sentencia de instancia que el proyecto de obra para el que se solicitó la licencia no cumpliera las determinaciones urbanísticas aplicables en cuanto a los parámetros exigibles, procediendo, en consecuencia, el otorgamiento de la misma por su adecuación a la normativa urbanística y teniendo en cuenta el carácter reglado de la concesión de las licencias.

Sobre esta cuestión, el Tribunal declaró lo siguiente:

“La jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha declarado, a propósito de las relaciones entre el dominio público y las licencias municipales de urbanismo, que a través de la licencia urbanística la Administración municipal actúa un control de legalidad, pero no de la legalidad en general sino de la legalidad urbanística —artículo 178 de la Ley del suelo—. De aquí deriva que no corresponde a la Administración controlar, a través de la licencia, la titularidad dominical del terreno sobre el que se pretende construir, y a esta situación responde la cláusula ‘salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero’, a que se refiere el artículo 12 del Reglamento de servicios

de las corporaciones locales. Ahora bien, esta regla general encuentra excepción en los supuestos de dominio público, en los que la jurisprudencia admite la procedencia de la denegación de la licencia en los casos en los que, si bien con la mera eficacia prejudicial establecida en el artículo 4 de la Ley de esta jurisdicción, resulta probada la titularidad pública del terreno o existen dudas razonables sobre la titularidad privada de aquél." (FJ 7)

En consecuencia, el Tribunal consideró que:

"La sala de instancia debió, pues, anular la licencia impugnada, ya que estaba probado [...] que el terreno en cuestión está incluido sin duda en la zona de dominio público marítimo-terrestre, según el deslinde administrativo realizado y aprobado en 14 de septiembre de 1989." (FJ 7)

Por otra parte, el Tribunal señaló que:

"en estos casos no puede otorgarse la licencia municipal de obras sin la previa obtención de la autorización administrativa correspon-

diente es algo que está específicamente establecido en el artículo 2.2 del Reglamento de disciplina urbanística." (FJ 7)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso de casación interpuesto.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Negando la posibilidad de que existan parcelas de propiedad privada en dominio marítimo-terrestre, ver la siguiente sentencia: STS de 18 de octubre de 2004 (Aranzadi 2004/6837).

Sobre los efectos del deslinde de la zona marítimo-terrestre, ver la siguiente sentencia: STS de 19 de octubre de 2004 (Aranzadi 2004/6841).

Sobre las facultades de la Administración para proceder al deslinde, ver la siguiente sentencia: STS de 14 de julio de 2003 (Aranzadi 2003/6030).

Tribunal Supremo. Expropiación forzosa. Revocación de actos administrativos restrictivos de derechos

SUPUESTO DE HECHO

En 1977 un incendio afectó cierto edificio en el municipio de Llodio, siendo éste declarado en ruina en 1980. Dos personas eran titulares de derechos de arrendamiento de negocio sobre dichos inmuebles. En 1983 el PGOU del municipio declaró el inmueble fuera de ordenación al estar afectado por la apertura de un tramo un vial y por una urbanización. Como consecuencia de las lluvias torrenciales de 1983 y posteriores inundaciones, el inmueble quedó afectado. En 1984 el Ayuntamiento aprobó el proyecto de obras de urbanización y del vial. En julio de 1985 el Pleno del Ayuntamiento aprobó los criterios generales de compensación indemnizatoria. En noviembre de 1985 el Pleno del Ayuntamiento aprobó la relación de afectados. Los titulares del derecho de arrendamiento anteriormente mencionados interpusieron un recurso contra el acuerdo del Pleno de julio 1985, siendo este parcialmente inadmitido en la parte que establecía los criterios de indemnización de los presuntos arrendatarios y precaristas, por considerarlo un acto de mero trámite, y desestimando el recurso en otros extremos del acuerdo. Por su parte, el acuerdo de noviembre de 1985 también fue recurrido, declarando el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco su inadmisibilidad por extemporaneidad. Interpuesto recurso de casación contra el mismo, fue desestimado por el Tribunal Supremo en 1994.

Tras la interposición de los mencionados recursos, había quedado suspendido el expediente expropiatorio. Sin embargo, tras la sentencia de 1994, se interesó la reanudación del trámite por algunos de los afectados o sus causantes. En diciembre de 1996, el Ayuntamiento de Llodio declaró la liberación de la expropiación forzosa para la ejecución del proyecto de apertura de la avenida y la urbanización, de la parcela en la que se encontraba la finca antes mencionada, basándose en "no haber sido necesaria la ocupación de tal bien para el fin de la expropiación y entender que al haber desaparecido los bienes arrendados se habría extinguido el arrendamiento con anterioridad al inicio de la expropiación". Dos de las personas afectadas por dicha resolución interpusieron recurso contencioso-administrativo contra el mismo. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó parcialmente el recurso. El Ayuntamiento interpuso recurso de casación contra dicha resolución. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, desestimando el recurso contencioso-administrativo.

La sentencia de instancia consideraba que el Ayuntamiento, al dictar el acto de diciembre 1996 había ido contra sus propios actos, en concreto contra los acuerdos de julio y noviembre de 1985, sin acudir a la revisión de oficio de los actos administrativos o a la declaración de lesividad, lo que según el Tribunal *a quo*, hubiera resultado necesario, por cuanto entendía que dichos actos reconocían derechos indemnizatorios en favor de quienes estaban contractualmente vinculados por un contrato de arrendamiento sobre bienes que aunque

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 5540/2001
FECHA: 19 de abril de 2005
PONENTE: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Ayuntamiento de Llodio
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 33 de la CE, y artículo 51 de la Ley de expropiación forzosa
DOCTRINA: Expropiación forzosa. Revocación de actos administrativos restrictivos de derechos (FJ 4 y 5)

siniestrados, iban a resultar afectados por el proyecto de obras de urbanización.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Como primer motivo de casación, el recurrente alegaba la infracción de los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992 y la jurisprudencia aplicable a los actos de trámite, argumentando que:

"la Sentencia de instancia está atribuyendo al Acuerdo del Ayuntamiento de Llodio de 22 de julio de 1985, la capacidad de generar derechos subjetivos en favor de los particulares, siendo así que según el recurrente, la Sentencia de 7 de julio de 1990, le reconoció el carácter de mero acto de trámite y también se lo otorga la propia Sentencia de instancia, por lo que siendo un acto de mero trámite no comportaría el reconocimiento de derechos en favor de los recurrentes y no podría decirse que el Acuerdo de 1996, consista en una revisión de los derechos indemnizatorios, en aquel fijados."

Vinculado con dicho motivo, el recurrente alegaba la infracción del artículo 51 de la Ley de expropiación forzosa y la jurisprudencia referente al reconocimiento de derechos indemnizatorios en expediente expropiatorio y así, refiriéndose al Acuerdo del Ayuntamiento de 25 de noviembre de 1985, se exponía que del mismo no cabía deducir un reconocimiento de derechos y un derecho indemnizatorio en favor de los en él relacionados, pues tal derecho sólo surgiría cuando se levanta el acta de ocupación y no simplemente cuando, como en el Acuerdo de 25 de noviembre 85, se estableció la relación definitiva de bienes y derechos. Por tanto, el recurrente consideraba que el acuerdo impugnado de 3 de diciembre de 1996 no implicaría que el Ayuntamiento fuera contra sus propios actos, pues los acuerdos de 22 de julio de

1985 (en cuanto se limita a determinar los criterios de indemnización) y el de 25 de noviembre de 1985 (acordando el inicio del expediente mediante la relación definitiva de bienes y derechos afectados) no implicarían reconocimiento de ningún derecho indemnizatorio, que surgiría con el acta de ocupación.

El Tribunal analizó conjuntamente ambos motivos. A tal efecto, en primer lugar se refirió a la revocación de los actos. Al respecto, éste declaró que:

“la revocación viene impuesta por los principios de eficiencia y buena administración que deben presidir el actuar de la Administración, sin que tampoco pueda olvidarse que el artículo 33.3 de la Constitución sólo admite la privación de la titularidad de los bienes y derechos por razones de utilidad pública o interés social, por lo que si estos requisitos desaparecen antes de que se consume la expropiación y nazca un derecho para el particular el continuar adelante con aquélla no resultaría conforme a dicha exigencia constitucional.” (FJ 4)

A continuación, en relación con la revocación, el Tribunal aclaró que:

“El aspecto más importante de la revocación de un acto consiste en precisar sus límites que se hallan en función de la clase de acto de que se trate.” (FJ 5)

En este sentido, acerca de los actos declarativos de derechos, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Los actos declarativos de derechos que reconocen una situación de ventaja para sus destinatarios son irrevocables como corolario del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos y por un principio de seguridad jurídica. [...] Para revocar el acto declarativo de derechos ha de expropiarse la situación indemnizando al interesado.” (FJ 4)

Por su parte, en lo que respecta a los actos restrictivos de derechos, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Por el contrario, una interpretación conforme a la equidad hace que la revocación de los actos restrictivos de derechos, como es la expropiación, no tenga más límites que el interés general ya que sólo éste ha de ser considerado, por tanto la revocación cuando produce un resultado más favorable por el interesado no tiene otro límite que el citado en interés general, así lo ha reconocido constantemente la jurisprudencia [...]. En esa misma línea la revocación de la necesidad de la ocupación no tiene que someterse al trámite de los actos declarativos de derechos. Una actuación expropiatoria carece de objeto cuando por medio de la revocación del acto principal se deja sin contenido el expediente. Como se trata de un acto restrictivo de derechos la revocación posterior no encuentra las dificultades de los artículos 102 y ss. de la Ley de procedimiento administrativo común de acuerdo con la interpretación favorable al administrado de estos artículos.” (FJ 5)

A continuación, con respecto a la revocación de la expropiación forzosa, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Puede parecer que si la revocación de la expropiación forzosa favorece al afectado se puede producir libremente por la Administración expropiante y que no es un acto impugnabile por el interesado. Sin embargo no es así. El desistimiento es revisable jurisdiccionalmente si se prueba la existencia de una norma expresa que lo impide o se acredita la desviación de poder del artículo 83 de la Ley de la jurisdicción aplicable por razón de fechas. No hay en esta declaración ninguna contradicción: la revocación es una facultad discrecional de la Administración y por lo tanto sometida al principio de legalidad. No puede ser ejercitada cuando resulte contraria a la Ley. La Ley ha de permitir la revocación, de modo que si la prohíbe no puede producirse, incluso si con ella se favorece al interesado en el caso concreto. Aunque este supuesto no se encuentra fácilmente en el ordenamiento jurídico, sí aparece que sería contraria a la Ley la revocación de un acto que tendría que ser declarado lesivo en los supuestos del artículo 103 de la Ley de procedimiento. No se puede permutar una declaración de lesividad por una revocación. En virtud del principio de legalidad la eliminación de los actos administrativos tiene unos supuestos concretos y un procedimiento tasado.” (FJ 4)

Finalmente, el Tribunal señaló que:

“Otra forma de actuar la legalidad es la predeterminación de una finalidad de interés público que debe cumplir el acto administrativo. El control de la consecución de esta finalidad se obtiene por la vía de la desviación de poder. La discrecionalidad exige que en el acto exista un concreto interés público señalado por la Ley: la llamada legalidad material. La facultad de adoptar los medios a los fines es un juicio de oportunidad, controlable en vía de recurso por desviación de poder, lo que recorta la libertad de acción operativa de la Administración para que responda al concreto interés público exigido por la Ley según el tipo de acto de que se trate.” (FJ 4)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal consideró procedente la estimación de los motivos de casación mencionados, “al contemplar los límites de la revocación de los actos restrictivos de derechos como es la expropiación, debiendo tenerse en cuenta, lo que en ella se argumenta, en el sentido de que la revocación de la necesidad de ocupación no tiene que someterse al trámite de los actos declarativos de derecho, así como que una actuación expropiatoria carece de objeto, cuando por medio de la revocación del acto principal se deja sin contenido el expediente” (FJ 5).

En consecuencia, el Tribunal declaró haber lugar al recurso de casación, desestimando el recurso contencioso-administrativo.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la paralización de un expediente expropiatorio, ver las siguientes sentencias: STS de 2 de marzo de 1988; STS de 28 de septiembre de 1985 (Aranzadi 1985/5276); STS de 22 de febrero de 1985 (Aranzadi 1985/768); STS de 21 de diciembre de 1990 (Aranzadi 1990/10513); STS de 18 de febrero de 1993 (Aranzadi 1993/812); STS de 28 de marzo de 1995 (Aranzadi 1995/2075) y STS de 21 de febrero de 1997 (Aranzadi 1997/991).

Sobre el desistimiento de la expropiación forzosa, ver las siguientes sentencias: STS de 2 de junio de 1989 (Aranzadi 1989/4308) y STS de 23 de marzo de 1993 (Aranzadi 1993/1913).

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Derecho fundamental a la integridad física. Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Inactividad de la Administración en cuanto a la disciplina, control y sanción de un local musical con respecto a los ruidos procedentes del mismo

SUPUESTO DE HECHO

Un juzgado de lo contencioso-administrativo de Barcelona estimó el recurso contencioso-administrativo de amparo para la resolución de los derechos fundamentales, declarando la inactividad del Ayuntamiento de Barcelona en cuanto a la correcta disciplina, control y sanción de un local por falta de ejecución de una resolución, por lo que hacía al exceso de ruidos provenientes del local, y de otra resolución posterior, en lo que se refiere al aparato de aire acondicionado, que invadían y perjudicaban los derechos fundamentales a la integridad física y psíquica y a la inviolabilidad del domicilio de los vecinos, reconociendo la situación jurídica individualizada de los actores con indemnización de los daños y perjuicios sufridos. El Ayuntamiento demandado interpuso un recurso de apelación contra dicha resolución.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal hizo referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional en cuya virtud “los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. Habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos [...] se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias tradicionales, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada. A esta nueva realidad ha sido sensible la reciente Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido” (FJ 2).

Asimismo, el Tribunal se refirió a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recordando que en sus resoluciones “se advierte que, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del artículo 8.1 del Convenio de Roma” (FJ 2).

Analizando los hechos, el Tribunal constató lo siguiente:

“desde el 6 de junio de 2002 hasta el 1 de marzo de 2004, el Ayuntamiento demandado tuvo pleno conocimiento de que el [...] Bar [...] venía desarrollando una actividad de bar musical para la que no contaba con la preceptiva licencia municipal, lo que se traducía en la emisión de unos altos niveles de contaminación acústica muy superiores a los permitidos por las ordenanzas municipales, derivados del excesivo volumen de aparato musical y del desmesurado aforo del establecimiento, que llegó a multiplicar por seis el autorizado en algunos casos. Tales circunstancias, susceptibles sin duda alguna de ser calificadas de evitables e insoportables, constituyeron una fuente permanente de perturbación en la calidad de vida de los ocupantes de las viviendas más próximas, como es el caso de ambos demandantes, en la que asimismo incidía la prolongación del horario de apertura del establecimiento hasta altas horas de la madrugada, con la consiguiente interrupción del descanso nocturno para los citados y, por último, la existencia de un aparato de aire acondicionado instalado en el patio posterior que tampoco se ajustaba a la normativa vigente. Lo que se tradujo en que D. Luis Enrique, propietario de la vivienda situada en el primer piso del núm. NUM000 de la CALLE000, hubiera de ser atendido en el Centro de Salud Sardenya por presentar problemas de insomnio, del que fue tratado con hipnóticos, desde el mes de noviembre de 2002, según informe médico [...] que precisa que las causas de dicho insomnio se atribuyen al ruido originado por el bar existente bajo su casa.” (FJ 5)

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 163/2004
RESOLUCIÓN: 186/2005
FECHA: 10 de febrero de 2005
PONENTE: Ilma. Sra. Ana María Aparicio Mateo
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Ayuntamiento de Barcelona
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 15 y 18 de la CE
DOCTRINA: Derecho a la integridad física. Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Inactividad de la Administración en cuanto a la disciplina, control y sanción de un local musical con respecto a los ruidos procedentes del mismo (FJ 2 y 5)

Dicho lo anterior, y analizando la actuación municipal, el Tribunal indicó que:

“la actuación municipal consistió en verificar una serie de visitas de inspección, que culminaron con distintas resoluciones por las que se ordenaba la subsanación de las deficiencias apreciadas, [...] pero sin que las mismas fueran acompañadas por la adopción de otras medidas coercitivas tendentes a exigir su efectivo cumplimiento; tratándose, por consiguiente, de una intervención claramente insuficiente a los efectos de impedir la intromisión que el desarrollo de la actividad enjuiciada representaba en la salud e intimidad personal y familiar de los vecinos directamente afectados.” (FJ 5)

Lo anterior llevó al Tribunal a la siguiente conclusión:

“Las anteriores circunstancias ponen de manifiesto una actuación del Ayuntamiento demandado que se evidenció ineficaz a los efectos de preservar el domicilio de los actores de injerencias indebidas que lesionen el derecho a la integridad física, moral y a la intimidad personal y familiar que garantizan los artículos 15 y 18 de la Constitución; lo que constituye un claro incumplimiento de la obligación que le incumbía de adoptar las medidas necesarias, razonables y adecuadas para proteger el derecho a la vida privada que se produce en el interior de un domicilio mediante la emisión de órdenes de interdicción contra aquellas contaminaciones medio ambientales que afecten gravemente al bienestar físico y psíquico de las personas y lesionen su derecho a la calidad de vida, según ha tenido ocasión de sentar este Tribunal, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.” (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre el ruido procedente de bandas sonoras en vía pública, ver la siguiente sentencia: STSJ de La Rioja 91/2005, de 18 de febrero.

Sobre los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio, ver la siguiente sentencia: STC 119/2001, de 24 de mayo (Aranzadi 2001/119).

Advirtiendo que ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del artículo 8.1 del Convenio de Roma, ver las siguientes sentencias: STEDH de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994/3), caso López Ostra contra Reino de España; STEDH de 19 de febrero de 1998 (TEDH

1998/2), caso Guerra y otros contra Italia y STEDH de 8 de julio de 2003 (TEDH 2003/40), caso Hutton y otros contra Reino Unido.

Sobre las consecuencias de una exposición prolongada a determinados niveles de ruido, ver la siguiente sentencia: STC 119/2001 (Aranzadi 2001/119) (FJ 6).

Sobre el derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio, ver las siguientes sentencias: STC 22/1984, de 17 de febrero (Aranzadi 1984/22) (FJ 5); STC 137/1985, de 17 de octubre (Aranzadi 1985/137) (FJ 2), y STC 94/1999, de 31 de mayo (Aranzadi 1999/94) (FJ 5).

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Desmontaje de una antena de telefonía móvil por falta de licencia de actividad

SUPUESTO DE HECHO

Un juzgado de lo contencioso-administrativo desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una empresa de telefonía contra la resolución del Ayuntamiento de Parla, sobre desactivación de una base de telefonía móvil instalada en un colegio, al no haber justificado el titular los requisitos necesarios para su funcionamiento de conformidad con la normativa vigente y con el fin de impedir los posibles perjuicios que las emisiones electromagnéticas de la antena de referencia pudieran estar causando a los alumnos y usuarios del citado colegio y a otras personas en áreas cercanas. Contra dicha resolución, la empresa interpuso un recurso de apelación, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal analizó si la instalación de una estación base de telefonía móvil precisaba de licencia de actividad conforme al RAMINP. Con carácter previo, el Tribunal destacó que teniendo en cuenta que el acto administrativo analizado tenía fecha de 25 de abril de 2002, y que la Ley 2/2002, de 19 de junio, de evaluación ambiental de la Comunidad de Madrid, había entrado en vigor el 2 de julio de 2002 “no puede entenderse aplicable dicha norma a un supuesto de hecho ocurrido con anterioridad”. En cualquier caso, el Tribunal recordó que “conforme al anexo V, apartado 26, precisa de evaluación ambiental en la Comunidad de Madrid todas aquellas actividades establecidas en el Decreto 2414/1961” y, además, “expresamente se somete a evaluación ambiental en instalaciones base de telecomunicación que operen con radiofrecuencias (anexo V, apartado 16)” (FJ 3).

Dicho lo anterior, y con respecto al caso estudiado, el Tribunal advirtió que:

“No consta que la recurrente haya obtenido una calificación ambiental favorable para dicho emplazamiento, tras la entrada en vigor de la citada 2/2002, de 19 de junio, de evaluación ambiental de la Comunidad de Madrid, ni que estuviera en posesión de la licencia de actividad conforme al Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre, licencia preceptiva de instalación y funcionamiento para dicha actividad, debiendo tenerse en cuenta que Instalaciones base de telecomunicación que operen con radiofrecuencias el artículo 2 del mismo establece que quedan sometidas a las prescripciones de este reglamento, en la medida que a cada una corresponda, todas aquellas ‘actividades’ que a los efectos del mismo sean calificadas como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas.” (FJ 3)

Por tanto, según el Tribunal el RAMINP era de plena aplicación.

En cuanto a la posible aplicación del Real decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas el Tribunal declaró que:

“el mismo no elimina la necesidad de solicitar y obtener licencia de actividad y funcionamiento conforme al Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.” (FJ 3)

Al respecto, el Tribunal recordó que:

“Las autorizaciones estatales, son compatibles con la necesidad de dicha licencia y con otras autorizaciones o calificaciones de naturaleza

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 392/2003

RESOLUCIÓN: 199/2005

FECHA: 10 de febrero de 2005

PONENTE: Ilmo. Sr. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Parla

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 14 de la CE; Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas (RAMINP); Ley 2/2002, de 19 de junio, de evaluación ambiental de la Comunidad de Madrid; artículos 178.2 y 185.1 de la Ley del suelo de 9 abril de 1976, y artículo 84.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril

DOCTRINA: Desmontaje de una antena de telefonía móvil por falta de licencia de actividad (FJ 3, 4, 5, 6, 7 y 8)

autonómica en su caso, de forma que para el inicio de la actividad se precisará estar en posesión de todas las que sean precisas. Por otra parte, la necesidad de licencia de actividad no significa que una vez solicitada la misma pueda ser denegada en contravención con las normas estatales que regulan el uso del espacio radioeléctrico, o que puedan establecerse restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, distintas de las contempladas en la normativa del estado, mas este no es el caso dado que no se ha llegado a solicitar la licencia de instalación.” (FJ 3)

Por otro lado, el Tribunal negó que la concesión de la licencia de obra menor supusiera la concesión de licencia de actividad “porque no se solicitó, [...] porque no se siguió el trámite de los artículos 29 y siguientes del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas [...] y por último porque en el acuerdo de concesión de licencia expresamente se señala que deberá obtenerse la correspondiente licencia de instalación” (FJ 4).

En relación con la licencia de obras y la de instalación y de apertura, el Tribunal aclaró que:

“la finalidad de ambas licencias, la de obras y la de instalación o apertura, es diferente aunque convergente en aras de alcanzar la más amplia garantía en el logro de la seguridad y salubridad necesarias para la seguridad pública, la paz social y el adecuado sosiego en las incidencias habituales de la vida familiar e individual. La licencia de obras, desde la estricta perspectiva urbanística, ha de otorgarse si la obra o edificación proyectada esta de acuerdo con las previsiones de Ley del suelo y de los Planes de Urbanismo en general tal como especificaba artículo 178.2 de la Ley del suelo de 9 de abril de 1976. La licencia de apertura para el funcionamiento de una determinada actividad clasificada como molesta, insalubre, nociva o peligrosa tiene por objeto el evitar que cualquiera de esas actividades clasificadas, a realizar en un determinado edificio o conjunto de ellos, produzca incomo-

didades o altere las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente u ocasionen daños o impliquen riesgos graves para las personas y los bienes". (FJ 3)

A continuación, establecida la necesidad de licencia de instalación, el Tribunal se refirió a la consecuencia jurídica de la falta de la misma, afirmando que "no puede ser otra que la clausura de la actividad" (FJ 5).

Al respecto, el Tribunal advirtió que:

"la apertura clandestina de establecimientos comerciales e industriales o el ejercicio sin la necesaria licencia de actividades incluidas en el Reglamento de 30 de noviembre de 1961, obligan a adoptar, de plano y con efectividad inmediata, la medida cautelar de suspender la continuación de las obras, clausurar el establecimiento o paralizar la actividad, con el fin de evitar que se prolongue en el tiempo la posible transgresión de los límites impuestos por exigencias de la convivencia social, hasta la obtención de la oportuna licencia que garantice la inexistencia de infracciones o la adopción de las medidas necesarias para corregirlas, la decisión de precinto y clausura adoptada constituye la medida de carácter cautelar y no sancionadora, mas apropiada para impedir la continuidad de una actividad clandestina, que se ejerce sin la preceptiva licencia, por tanto sin garantía para el superior principio de respeto a la seguridad de los ciudadanos." (FJ 5)

Asimismo, el Tribunal aclaró que:

"ni el transcurso del tiempo, ni el pago de tributos, tasas o impuestos, ni la tolerancia municipal, implican acto tácito de otorgamiento de licencia, conceptuándose la actividad ejercida sin licencia como clandestina e irregular que no legitima el transcurso del tiempo, pudiéndose acordar la paralización o cese de tal actividad por la autoridad municipal en cualquier momento [...] mientras se esté ejercitando la actividad irregular o ilícita no puede empezarse a computar plazo prescriptivo alguno, ni por tanto el señalado en el artículo 9 del Real decreto ley 16/1981 de 16 de octubre en relación con el artículo 185.1 de la Ley del suelo de 1976. Por lo tanto, no se ha producido adquisición de derecho alguno por parte del recurrente." (FJ 6)

Finalmente, el Tribunal declaró que:

"al no haber existido un control positivo previo de la Administración

sobre la actividad de que se trata, basta para decretar la clausura [...] con que se haya dado audiencia previa al interesado—salvo la existencia de peligro— y que se haya respetado el principio de proporcionalidad que establece el artículo 6.2 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales y hoy el artículo 84.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril. En el caso presente si bien no consta dicha audiencia la recurrente no ha alegado indefensión, que es lo que se trata de evitar con dicha audiencia, la falta de alegación expresa de indefensión impide anular el acto por dicha causa." (FJ 7)

Con respecto a las alegaciones del recurrente acerca de la vulneración del artículo 14 de la CE, el Tribunal declaró que:

"resulta al menos paradójico que se le solicite el amparo utilizando el expediente de la igualdad en la ilegalidad, pues el parámetro de comparación en todo caso ha de ser el del cumplimiento de la legalidad, este es el pensamiento de la doctrina constitucional y la línea jurisprudencial constante." (FJ 8)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso de apelación, con imposición de las costas de la segunda instancia al recurrente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la consecuencia jurídica de la falta de licencia de apertura, ver las siguientes sentencias: STS de 10 de junio (Aranzadi 1987/4195) y STS de 24 de abril de 1987 (Aranzadi 1987/3158).

Negando la posibilidad del otorgamiento tácito de la licencia de apertura por el transcurso del tiempo, el pago de tributos, tasas o impuestos o la tolerancia municipal, ver las siguientes sentencias: STS de 18 de julio de 1986 (Aranzadi 1986/5519); STS de 5 de mayo de 1987 (Aranzadi 1987/5225); STS de 4 de julio de 1995 (Aranzadi 1995/5448); STS de 20 de diciembre de 1985; STS de 20 de enero de 1989 (Aranzadi 1989/415); STS de 9 de octubre de 1979 (Aranzadi 1979/3404); STS de 31 de diciembre de 1983; STS de 4 de julio de 1995 (Aranzadi 1995/5448).

Exigiendo un término válido de comparación para que se pueda aplicar el artículo 14 de la CE, ver la siguiente sentencia: STS de 10 de junio de 1997 (Aranzadi 1997/5069).

Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Derecho de participación política. Exclusión de mociones del orden del día de un Pleno municipal

SUPUESTO DE HECHO

La portavoz de un grupo municipal en la oposición del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la resolución del mencionado Ayuntamiento por considerar que se había vulnerado su derecho de participación política al no habersele dado respuesta a las catorce listas de preguntas dirigidas a los concejales del grupo municipal del Gobierno, con el fin de que fuesen respondidas durante la celebración de un Pleno el día siguiente de su presentación, y por haber sido desestimada su petición de inclusión en el orden del día de ese mismo Pleno municipal de dos mociones. El juzgado de lo contencioso-administrativo correspondiente estimó en parte el recurso, al considerar que únicamente el primero de los hechos constituía una vulneración del derecho de participación política.

La demandante interpuso recurso de apelación contra dicha resolución, con respecto al rechazo a la petición de inclusión de dos mociones en el orden del día.

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó si con la legislación vigente en la fecha en la que se presentaron las mociones excluidas del orden del día se vulneró el derecho a la participación política de la actora por aplicación indebida de las normas generales que establecen el contenido y alcance del derecho fundamental invocado por la recurrente. Antes de proceder a

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 203/2004

RESOLUCIÓN: 15/2005

FECHA: 23 de febrero de 2005

PONENTE: Ilmo. Sr. César José García Otero

DEMANDANTE: Concejales

DEMANDADO: Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 23.2 de la CE, y artículo 129 de la Ley 14/1990, de 26 julio, de régimen jurídico de las administraciones públicas de Canarias

DOCTRINA: Derecho de participación política. Exclusión de mociones del orden del día de un Pleno municipal (FJ 5 y 6)

dicho examen, el Tribunal se refirió al reglamento orgánico aprobado por el Pleno municipal, aclarando que el mismo entró en vigor tras ser publicado en el boletín correspondiente, con lo que, en contra de lo que

había declarado el tribunal de instancia, no estaba en vigor en el momento en que se produjeron los hechos.

A continuación, el Tribunal se refirió a la naturaleza de las mociones, declarando que:

“la moción es un control de la actuación del equipo municipal de Gobierno y, como tal, una función de los grupos de oposición, por lo que cualquier interpretación de la legalidad debe ser una interpretación constitucional, esto es, en orden a favorecer el derecho de participación política.” (FJ 5)

En consecuencia, según el Tribunal:

“reducir el número de mociones a presentar al Pleno o llevar su debate, en función de la materia, a la comisión de Pleno, podría no ser entendida como una modificación reduccionista del derecho fundamental siempre que exista un encaje legal o una base legal a la decisión restrictiva.” (FJ 5)

Entrando en el caso estudiado, el Tribunal destacó que:

“lo decisivo es que la exclusión del debate en el Pleno de dos de las mociones presentadas por la recurrente, en su condición de concejal y portavoz de un grupo político de la oposición, carecía de encaje legal en la fecha en la que se presentaron y se celebró ese pleno, tanto por cuanto ni estaba vigente el Reglamento orgánico del Pleno y de las comisiones del Pleno del Ayuntamiento [...], ni tampoco era posible justificar tal remisión a la comisión de pleno con apoyo en la Exposición de motivos de la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, pues los preámbulos, exposiciones de motivos e introducciones en general de cualquier cuerpo legal carecen de valor jurídi-

co directo, sin perjuicio de su innegable valor interpretativo, y en el caso lo que anuncia la Exposición de motivos de la Ley es la novedad que supone la introducción de las comisiones de pleno, a las que se refiere el artículo 122.4 de la LBRL (en su nueva redacción) que establece que va a corresponder a estas las funciones que les delegue el pleno de acuerdo con la Ley. Se trata de una delegación posible con arreglo a la Ley —que se reconoce en abstracto— pero sin que aquí conste que se hubiese llevado a cabo en la fecha de las mociones el desarrollo del precepto general que estableciese el marco de dicha delegación o que existiese cobertura alguna que habilitase la delegación en relación con las mociones presentadas por los grupos políticos o concejales para su discusión en el Pleno.” (FJ 5)

Por otra parte, el Tribunal señaló que:

“el artículo 129.1 de la Ley territorial estaba vigente, y formaba parte de ese bloque normativa autonómico que pretendía regular pormenorizadamente la organización y funcionamiento de las bases estatales del régimen local y, por ello, servía de marco en la presentación de mociones, por lo que puede concluirse que, conforme a dicho marco, no cabía limitación, ni justificación legal a la exclusión del debate en el pleno de las presentadas por la concejal por las razones por las que se excluyeron, por lo que puede concluirse que se vulneró su derecho a la participación política y que el recurso, con el alcance con el que pretende, debe ser estimado.” (FJ 6)

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso, declarando nulo el acuerdo impugnado.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Principio de igualdad. Libertad de empresa. Prohibición por una ordenanza de la instalación, colocación o pintado de carteles publicitarios en todo el término municipal

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Olot aprobó una ordenanza reguladora de carteles publicitarios, en la que se prohibía la instalación, colocación o pintado de carteles publicitarios o elementos similares en todo el término municipal. Una empresa publicitaria planteó un recurso contencioso-administrativo contra la misma, lo que motivó que el juzgado de lo contencioso-administrativo que conocía el caso planteara una cuestión de ilegalidad, cuestión que fue estimada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal hizo referencia a la jurisprudencia relativa a la intervención de las corporaciones locales en la autorización de carteles publicitarios, que ha declarado que:

“Desde luego, las corporaciones locales pueden intervenir la actuación de los ciudadanos a través de las ordenanzas, a tenor de lo prevenido en los artículos 8.1.a), 220 y 221 de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, como los 3 y 4 del Decreto de 13 de junio de 1995, aprobando el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales en Cataluña, pero en todo caso aquéllas deben ajustarse a los principios de legalidad, igualdad de trato, proporcionalidad y congruencia con los motivos y fines justificativos de la intervención, el respeto a la libertad individual y la menor onerosidad para los ciudadanos, no pudiendo contener mandatos normativos nuevos ni restringir o contradecir el contenido de la Ley o de otras disposiciones generales.” (FJ 1)

Por otra parte, el Tribunal añadió que:

“Por otra parte, el artículo 3 del Reglamento de disciplina urbanística, al establecer que las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la Ley del suelo, de los planes de ordenación urbana y demás disposiciones urbanísticas reguladoras del uso del suelo, quiere significar que es a través de los citados planes y normas como puede limitarse la publicidad exterior en determinadas zonas, bien con carác-

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Cuestión de Ilegalidad núm. 568/2002

RESOLUCIÓN: 322/2005

FECHA: 15 de abril de 2005

PONENTE: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Olot

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 9.3, 14, 38 y 103 de la CE; artículo 3 del Real decreto 2187/1978, de 23 junio, que aprueba el Reglamento de disciplina urbanística, y artículos 3 y 4 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, que aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales en Cataluña

DOCTRINA: Principio de igualdad. Libertad de empresa. Prohibición por una ordenanza de la instalación, colocación o pintado de carteles publicitarios en todo el término municipal (FJ 1, 2 y 3)

ter general, bien estableciendo un número determinado de carteleras en sectores o calles, o tomando cualquier otra medida adecuada con las circunstancias urbanísticas del paraje. Pues la circunstancia de que la colocación de carteleras publicitarias visibles desde la vía pública venga sujeta a licencia municipal, y el carácter eminentemente reglado de su otorgamiento, hace que dichas autorizaciones sólo puedan denegarse cuando la actividad de que se trata se halle prohibida por las normas que la regulan de modo expreso, que deberán siempre

interpretarse en sentido restrictivo, dado el carácter de normas limitativas de derecho que poseen.” (FJ 1)

Dicho lo anterior, y refiriéndose al caso estudiado, el Tribunal declaró que:

“establecer en una ordenanza una prohibición absoluta de realizar publicidad mediante carteles [...] supone una infracción de los principios de igualdad y legalidad constitucionalmente reconocidos, al producirse una diferencia de trato que adquiere la categoría jurídica de discriminación, en cuanto aparece desprovista de base objetiva, pues los artículos 9.3, 14 y 103 de la Constitución suponen un límite al legislador para que no pueda establecer desigualdades indeseadas, pues la prohibición de discriminaciones arbitrarias opera también en la aplicación de la Ley y, en general, de cualquier norma jurídica, e incluso puede ocurrir que la desigualdad exista y de hecho siempre que tenga relevancia jurídica y no esté justificada, siendo menester demostrar la existencia de un principio jurídico del que derive la necesidad de la igualdad de trato entre los desigualmente tratados, bien esté sancionado directamente por la Constitución, cual ocurre con las interdicciones concretas señaladas en el artículo 14, o arranque de la Ley, de una norma escrita de rango inferior, de la costumbre o de los principios generales del derecho; pues las limitaciones o excepciones a la igualdad han de tener una justificación razonable que no se aprecia en el caso concreto.” (FJ 2)

Finalmente, el Tribunal se refirió al alcance de la libertad de empresa, advirtiendo que:

“el ejercicio del derecho a la libertad de empresa que, como reitera-

damente se ha declarado, debe ser garantizado y protegido por los poderes públicos de acuerdo con las exigencias de la economía general, y en su caso de la planificación, en los términos del artículo 38 de la Constitución española [...].”

Asimismo, el Tribunal señaló que:

“el derecho a la libertad de empresa no es absoluto, aunque, desde luego, cualquier ordenación o limitación de la misma debe respetar una perfecta igualdad de trato entre empresas que hayan de coexistir en cualquier sector, en el caso en el de la publicidad. Lo que a su vez deriva de la exigencia constitucional de igualdad ante la ley, que la Constitución afirma como real y efectiva para los individuos y los grupos en su artículo 9.2.” (FJ 3)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó la cuestión de ilegalidad planteado respecto el artículo 2 de la Ordenanza de vallas publicitarias del Ayuntamiento de Olot, declarando la nulidad de pleno derecho del citado precepto.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la intervención de las corporaciones locales en la autorización de carteles publicitarios, ver la siguiente sentencia: STSJ de Cataluña de 21 de diciembre de 2000 (Aranzadi 2001/445).

Sobre el principio de igualdad, ver las siguientes sentencias: STS de 14 de enero de 1988 (Aranzadi 1988/274); STS de 13 de marzo de 1991 (Aranzadi 1991, 2278), 1^o; STS de 6 de diciembre de 1997 (Aranzadi 1997/9421) y 5 de mayo de 1998 (Aranzadi 1998/4722).

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Alcance de la potestad de recuperación de oficio de los bienes de entidades locales. Potestad de la Administración de reconocer derecho de paso que afecta a particulares

SUPUESTO DE HECHO

Los propietarios de unas fincas situadas en la localidad de Turégano entendían que entre éstas y la colindante existía un camino que daba paso a las de su propiedad, circunstancia que negaba su propietario, razón por la que pretendía impedir el acceso colocando unas puertas en el lugar por donde afirmaban que existía un camino. Por ese motivo, los propietarios solicitaron el auxilio del Ayuntamiento para que confirmara la existencia del camino. Ante tal solicitud, y tras las oportunas investigaciones, el Ayuntamiento acordó iniciar expediente de recuperación de oficio de camino público. No pudiendo acreditar de forma presuntiva e indiciaria la existencia del camino, el Ayuntamiento desistió en proceder a su recuperación, pronunciándose a favor de la existencia de un derecho de paso a través de las fincas. En este sentido, el Pleno acordó la existencia entre las fincas del mencionado derecho de paso y ordenó la retirada de las puertas instaladas, que cerraban el paso a las fincas colindantes y taponaban un barranco de titularidad pública (barranco cuya existencia no se demostró). El mencionado acuerdo no precisaba los preceptos legales ni la normativa aplicada en cuya virtud se habían adoptado los acuerdos y se reconocía el derecho de paso.

El propietario que había instalado las puertas interpuso recurso administrativo contra el mismo, siendo éste desestimado, lo que motivó que el propietario interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando que se declarara no estar acreditada la existencia de camino ni barranco alguno y que, en consecuencia, se dejara sin efecto la orden de retirada de las puertas, y se conminara a los propietarios de las fincas colindantes a abstenerse a sus fincas a través de las del actor.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal se refirió a la jurisprudencia relativa al procedimiento a seguir para la recuperación de oficio de los bienes por parte de las entidades locales señalando que:

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 287/2003

RESOLUCIÓN: 80/2005

FECHA: 4 de febrero de 2005

PONENTE: Ilmo. Sr. Eusebio Revilla Revilla

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Turégano

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 4.1.d) y 82.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, y artículos 70 y 71 del Reglamento de bienes aprobado por el Real decreto de 13 de junio de 1986

DOCTRINA: Alcance de la potestad de recuperación de oficio de los bienes de entidades locales. Potestad de la Administración de reconocer derecho de paso que afecta a particulares (FJ 5 y 6)

“Es doctrina jurisprudencial reiterada la de que el ejercicio de esta potestad recuperatoria de los bienes demaniales está sujeto a dos requisitos fundamentales: 1) Demostrar que los bienes usurpados son del dominio de la Administración que ejerce esta facultad, y 2) El uso público debe haber sido obstaculizado por la persona contra la que se dirige la potestad recuperatoria.” (FJ 5)

En este sentido, en relación con los requisitos, el Tribunal recordó que para poder ejercer la facultad recuperatoria por parte de la Administración local había que cumplir varias condiciones:

“La primera de dichas condiciones es, justamente, que el bien objeto

de la recuperación no sólo esté previamente identificado sino que haya venido siendo poseído, de hecho, por la Administración municipal en circunstancias tales que resulte acreditado su previo uso público [...].

“La segunda, que es propia de cualquier interdicto, consiste en la existencia de una perturbación de la posesión por parte de terceras personas. [...]”

“La tercera condición es seguir el procedimiento previsto en el artículo 71.1 del Reglamento de bienes de las entidades locales (RCL 1986, 2217), sin que la remisión que en él se hace al artículo 46 pueda ir más allá de las formas de iniciación. En lo demás, los trámites quedan cubiertos por el acuerdo previo de la Corporación y la audiencia de los interesados [...].” (FJ 5)

A continuación el Tribunal hizo referencia a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa al examinar los actos administrativos que ejercitan la facultad recuperatoria, advirtiéndole que:

“la competencia de esta jurisdicción ha de limitarse a enjuiciar el correcto ejercicio por parte de los entes locales de las facultades recuperatorias que se les atribuye por el artículo 82.a) de la Ley 7/1985 y los artículos 70 y 71 del Reglamento de bienes aprobado por Real decreto de 13 de junio de 1986, quedando reservada la decisión sobre la propiedad o posesión definitiva de los mismos a los tribunales de la jurisdicción civil, por lo que ni la confirmación ni la revocación del acto impugnado han de prejuzgar estas cuestiones, siquiera para dilucidar tanto el carácter presuntamente público o privado de tales bienes sea preciso analizar en vía contencioso-administrativa los elementos probatorios que *prima facie* pudieran configurarlos como de una u otra clase.” (FJ 5)

Aclarado lo anterior, el Tribunal entró a analizar el caso enjuiciado, declarando lo siguiente:

“en el caso de autos, pese a iniciarse y tramitarse un expediente administrativo para la recuperación de oficio de un camino de titularidad, dominio y uso público, en ningún caso se ha acreditado ni siquiera indiciariamente que existiera dicho camino entre las dos fincas catastrales número NUM000 y NUM001, propiedad ambas del actor, como tampoco se ha acreditado mínimamente la existencia entre ambas fincas de un barranco de titularidad pública, al que no se refiere ninguno de los documentos y planos unidos al expediente; y segundo, que a la vista de lo anterior el Ayuntamiento de Turégano se limita a reconocer la existencia de un paso para entrada a las parcelas número NUM002 y NUM003, a través de las fincas NUM000 y NUM001, cabe preguntarse si el Ayuntamiento demandado tenía o no

competencia para poder entrar a resolver y decidir sobre dicho derecho de paso.” (FJ 6)

Por otro lado, el Tribunal aclaró que:

“Como quiera que el Ayuntamiento está decidiendo sobre derechos ajenos y no pretende recuperar ni deslindar su bienes propios, la conclusión a la vista del artículo 4.1.d) de la citada Ley de bases de régimen local, es evidente, referido Ayuntamiento carece de competencias para reconocer o negar tal derecho de paso que afecta exclusivamente a particulares y a bienes de titularidad privada. Y careciendo de competencia para resolver sobre dicha cuestión y por ello también para tramitar un procedimiento que vaya dirigido a un acuerdo con dicho contenido, es por lo que en aplicación del artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992 ha de concluirse que tanto el acuerdo de fecha 12.11.02 como los acuerdos de fechas 10.6.02 y 9.9.02 a los que se remite aquél, adoptados por el Ayuntamiento de Turégano son nulos de pleno derecho por haberse dictado por órgano que carece manifiestamente de competencia.” (FJ 6)

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso, declarando la nulidad de las resoluciones impugnadas, declarándose, por tanto, no estar acreditada la existencia de camino ni barranco de titularidad pública entre las fincas propiedad del actor.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el procedimiento a seguir para la recuperación de oficio de bienes por parte de las entidades locales, ver las siguientes sentencias: STS de 29 de abril de 2004; STS de 23 de marzo de 1999 (Aranzadi 1999/2714); STS de 22 de diciembre de 2000, rec. 6336/1993 (Aranzadi 2000/9723); STS de 2 de junio de 1987 (Aranzadi 1987/5914); STS de 17 de julio de 1987 (Aranzadi 1987/7518); STS de 2 de junio de 1986 (Aranzadi 1986/4483) y STS de 30 de diciembre de 1986 (Aranzadi 1987/1698); STS de 2 de febrero de 1982 (Aranzadi 1982/828); STS de 3 de octubre de 1981 (Aranzadi 1981/4141); STS de 19 de junio de 1998 (Aranzadi 1998/5675); STS de 14 de mayo de 2002 (Aranzadi 2002/5722).

Sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa al examinar los actos administrativos que ejercitan esa facultad recuperatoria, ver las siguientes sentencias: STS de 14 de octubre de 1998 (Aranzadi 1998/7658); STS de 23 de enero de 1990 (Aranzadi 1990/341); STS de 15 de octubre de 1997 (Aranzadi 1997/7214) y STS 1 de abril de 1998 (Aranzadi 1998/2784); STS de 9 de mayo de 1997 (Aranzadi 1997/4397).

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Ordenanzas municipales de circulación

SUPUESTO DE HECHO

Una asociación de viandantes interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la Ordenanza de circulación de la Villa de Madrid, por considerar que varios de sus preceptos eran contrarios al Reglamento general de circulación y, en concreto, “el derecho a circular por la calzada cuando ésta no exista o sea impracticable, y en las calles residenciales; el derecho a cruzar la calzada fuera del paso de peatones cerciorándose de que no se produce riesgo ni entorpecimiento alguno; el artículo 63 permite estacionar motocicletas en las aceras con determinadas condiciones, lo cual es contrario al artículo 39.2, letra e), de la Ley de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial que ‘prohíbe taxativamente estacionar en las aceras por estar reservadas al tránsito de peatones’; y finalmente, alegar la nulidad del artículo 8 de la referida Ordenanza que otorga competencias al Ayuntamiento de Madrid en materia de señales de tráfico, contraviniendo expresamente los artículos 7 y 55 de la Ley de tráfico”.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó parcialmente el recurso.

El magistrado Ilmo. Sr. Javier Eugenio López Candela formuló un voto particular, por disentir del parecer mayoritario.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 6948/1998
RESOLUCIÓN: 21/2005

FECHA: 13 de enero de 2005

PONENTE: Ilma. Sra. Elvira Adoración Rodríguez Martí
VOTO PARTICULAR: Ilmo. Sr. Javier Eugenio López Candela

DEMANDANTE: Asociación de viandantes

DEMANDADO: Ayuntamiento de Madrid

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 7 y 39.2.e) del Real decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que aprueba el Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, y artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local

DOCTRINA: Ordenanzas municipales de circulación (FJ 4, 5, 6 y 8)

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, en primer lugar el Tribunal analizó la distribución de competencias entre las distintas administraciones implicadas. Al respecto, éste declaró lo siguiente:

“es la Ley la única que puede establecer las estructuras administrativas descentralizadas y la que les asigna sus respectivas competencias, de tal manera que la potestad normativa de los municipios no puede modificar el principio de jerarquía normativa sino que está supe-
ditada a éste.” (FJ 4)

Dicho esto, en relación con la ordenanza, el Tribunal declaró que:

“La Ordenanza impugnada en la presente litis, tiene su ratio última en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, que expresamente atribuye al municipio competencias para la ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas; estando dicho precepto en concordancia con las prescripciones del artículo 7 del Real decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que aprobó el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, que establece además todas las competencias municipales para cumplir con la función de ordenación y control del tráfico, siempre en desarrollo de la citada Ley y de su reglamento aprobado por Real decreto 13/1992, de 17 de enero, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad que en todo caso, serían contrarios al artículo 149.21 de la CE que expresamente atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de ‘tráfico y circulación de vehículos a motor’, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, que autoriza a las corporaciones locales a intervenir la actividad de los ciudadanos mediante ordenanzas en los términos establecidos en el artículo 7 del RSCL, que son revisables por la jurisdicción contencioso-administrativa, a quien compete resolver sobre la adecuación de las mismas a la cobertura legal habilitante.” (FJ 4)

Hecha la anterior aclaración, el Tribunal consideró que procedía “entrar a analizar cada uno de los preceptos impugnados en el presente recurso, en relación con las prescripciones contenidas en la Ley y en su reglamento” (FJ 4).

A tal efecto, el Tribunal analizó el artículo 8 del reglamento, que regula las señales de circulación y en cuyo apartado segundo se dispone que:

“cuando se trate de señales no incluidas en el Reglamento general de circulación, la autoridad municipal aprobará el modelo de señal que para cada caso considere más adecuado, procurando darle la máxima difusión posible para conocimiento de los usuarios de la vía.”

El Tribunal consideró que dicho apartado debía ser anulado, “toda vez que el Excmo. Ayuntamiento de Madrid se está autoatribuyendo en el mismo competencias que no le vienen encomendadas ni en el artículo 25 de la Ley 7/1985, ni en el artículo 7 de la Ley de circulación, y que además infringe el artículo 149 de la CE” (FJ 5).

En este sentido, el Tribunal advirtió que:

“el municipio en el ejercicio de su facultad de ordenación del tráfico, puede disponer la señalización correspondiente de acuerdo con los principios racionales y técnicos que exige la materia circulatoria, a fin de garantizar la seguridad de los ciudadanos [...] pero lo que no puede llevar a cabo es la elaboración de las señales, encomendada al Estado de acuerdo con la normativa internacional en la materia, debiéndose establecer reglamentariamente el catálogo oficial de señales que vinculan a todos los municipios de España y que constituye una homogenización en la regulación del tráfico rodado que garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos tanto racionales como extranjeros.” (FJ 5)

En lo que respecta al artículo 39, que permite la circulación en bicicleta, patines y aparatos similares en las zonas estanciales habilitadas al efecto en las aceras y zonas peatonales, el Tribunal consideró que no infringía ninguna norma legal ni conculcaba los derechos legítimos de los viandantes. Al respecto, éste señaló que era “acorde con las competencias municipales establecidas en el artículo 7 de la Ley por cuanto la regulación de los usos de las vías urbanas debe hacer compatible la equitativa distribución de los espacios de tal manera que las aceras

y paseos destinados al uso de peatones y minusválidos puedan ser asimismo utilizadas como zonas de ocio donde se pueda circular en bicicleta, o patines por tratarse de aparatos que no crean riesgo alguno sobre todo teniendo en cuenta que los usuarios son menores” (FJ 6).

En cuanto al artículo 63 de la Ordenanza, que establece en su párrafo 2 que “igualmente podrán estacionar en las aceras (los vehículos de dos ruedas, ya sean motocicletas, ciclomotores o bicicletas) cuando en la calzada no exista lugar reservado para esta clase de vehículos a menos de cincuenta metros o su estacionamiento en la misma resulte dificultoso [...]”, el Tribunal consideró que era contrario al artículo 39.2.e) de la Ley de circulación, que prohíbe estacionarse sobre las aceras, paseos y demás zonas destinadas al paso de peatones. Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

“el municipio, en el ejercicio de sus potestades de ordenación del tráfico, no puede permitir lo que la Ley expresamente prohíbe, porque mantener lo contrario, contravendría el principio de legalidad y el de jerarquía normativa, que al ser valores constitucionales que configuran todo el entramado de la actuación administrativa, hacen que devenga nulo cualquier acto o disposición normativa contraria a aquéllos. El artículo 39 de la Ley no sólo es claro sino que tiene la finalidad de garantizar la seguridad de los viandantes en las aceras y zonas destinadas al uso de éstos; seguridad que desde luego quiebra al permitir que vehículos de motor, como son las motocicletas y ciclomotores, irrumpen en las aceras para estacionar en los lugares habilitados al efecto en contra de las prescripciones de la Ley. Por tanto, procede declarar no ajustado a derecho el artículo 63 de la Ordenanza, tan sólo en su apartado 2, siendo lo restante, acorde con el artículo 39 de la Ley.” (FJ 8)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó parcialmente el recurso.

VOTO PARTICULAR

El Ilmo. Sr. Javier Eugenio López Candela formuló un voto particular, por disentir del parecer mayoritario en lo que respecta a la interpretación del artículo 8 de la Ordenanza. Al respecto, éste declaró que:

“la Ordenanza respeta literalmente la señalización prevista en el Reglamento de circulación. Basta comprobar la lectura del propio precepto para darse cuenta que las facultades de señalización que se otorgan al Ayuntamiento de Madrid lo son respecto de las señales no incluidas en el Reglamento general de circulación. Ni siquiera se dice en la Ordenanza que la mencionada señalización que permite la Ordenanza a la autoridad municipal se refiera propiamente al ámbito de la circulación vial. Es por ello por lo que serán los actos concretos de aplicación de la Ordenanza los que determinen si existe o no una señalización contraria a la prevista en el Reglamento general de circulación.”

Tampoco estuvo de acuerdo con la nulidad del artículo 63, declarando lo siguiente:

“Si bien, el artículo 93 prohíbe a las ordenanzas alterar, oponerse, desvirtuar inducir a confusión con los preceptos del Reglamento de circulación (RCL 1992, 219, 590) lo cierto es que la previsión de una norma excepcional para un caso concreto, referido a un tipo específico de vehículos —motocicletas, bicicletas y ciclomotores— es perfectamente legítima y razonable si tenemos en cuenta que el artículo 92 del Reglamento de circulación permite establecer que ‘por excepción, se permitirá otra colocación cuando las características de la vía u otras circunstancias así lo aconsejen’. Esta previsión constituye una excepción a la regla general de estacionamiento paralelo al borde de la calzada indicado en el inciso inicial, y en este sentido ha de entenderse que no se refiere propiamente a los casos de estacionamiento en batería como diferente al estacionamiento paralelo al borde la calzada, pues dicho estacionamiento en batería no supone un caso excepcional como demuestra la realidad del tráfico vial. Por consiguiente, lo que autoriza dicho precepto es un uso anormal de la vía pública, y por tanto, la posibilidad de que las corporaciones locales pueden regularlo mediante ordenanza con tal de que sea excepcional y razonable, para respetar el mencionado límite del artículo 93, que

es lo que ocurre en el caso concreto [...]. Por consiguiente, se halla plenamente justificada tal previsión; amparada legalmente tanto en el ejercicio de su autonomía local [...], así como en el mencionado artículo 92 del Reglamento de circulación antes aludido. Y en virtud de ello cabe establecer usos especiales del demanio viario con carácter de excepción y limitados en cuanto a su objeto, y ello sobre la base de un acuciante problema de aparcamiento y regulación del tráfico jurídico en nuestra villa [...].”

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Responsabilidad patrimonial de la Administración. Reclamación de daños y perjuicios por daños sufridos en vehículo por un jabalí procedente de un coto de caza

SUPUESTO DE HECHO

Un particular interpuso una reclamación por responsabilidad patrimonial contra una junta vecinal por los daños sufridos (por valor de 1.289,05 euros) en su vehículo por un jabalí procedente de un coto de caza.

Dicha reclamación fue desestimada por silencio administrativo, lo que motivó que el afectado presentara recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó en primer lugar la incidencia que podía tener el hecho de que el coto estuviera arrendado a una tercera persona. Al respecto, el Tribunal se refirió a lo dispuesto por el artículo 97 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, declarando que:

“aunque medie ese arrendamiento, el artículo 97 del vigente Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, establece entre las obligaciones generales de todo contratista la de asumir la indemnización de daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.” (FJ 5)

Asimismo, el Tribunal advirtió que:

“el procedimiento es meridianamente claro; (artículo 97.3 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio) y que supone que los terceros deberán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. No obstante la reclamación de aquellos lesionados se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto; es decir, conforme a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y conforme al Real decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.” (FJ 5)

Por otro lado, el Tribunal recordó que:

“En la esfera de las administraciones locales, sin perjuicio de la directa aplicación de las normas antedichas, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, establece que ‘Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa’, y en línea con esto, el artículo 223 del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, dispone que ‘Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación, en ejercicio de sus cargos, de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa.’” (FJ 5)

Finalmente, en cuanto a la normativa aplicable, el Tribunal advirtió que:

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Declarando que el municipio en el ejercicio de su facultad de ordenación del tráfico, puede disponer la señalización correspondiente de acuerdo con los principios racionales y técnicos que exige la materia circulatoria, a fin de garantizar la seguridad de los ciudadanos, ver las siguientes sentencias: STS de 23 de octubre de 1990 (Aranzadi 1990/8383); STS de 19 de julio de 2000 (Aranzadi 2000/6248) y STS de 16 de abril de 2002 (Aranzadi 2002/6834).

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 566/2003
RESOLUCIÓN: 115/2005
FECHA: 3 de marzo de 2005
PONENTE: Ilmo. Sr. Francisco Javier Zataráin Valdemoro
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Junta Vecinal de Castrillo-Solarana
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 97 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, y artículo 128 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales
DOCTRINA: Responsabilidad patrimonial de la Administración. Reclamación de daños y perjuicios por daños sufridos en vehículo por un jabalí procedente de un coto de caza (FJ 5)

“el artículo 128.1.3 obliga al contratista a ‘Indemnizar a terceros de los daños que les ocasionare el funcionamiento del servicio, salvo si se hubieren producido por actos realizados en cumplimiento de una cláusula impuesta por la Corporación con carácter ineludible’ (vemos pues que no se opone a la legislación analizada) se pronuncia en similares términos.” (FJ 5)

A continuación, centrándose en el caso enjuiciado, el Tribunal constató lo siguiente:

“Pues bien, la Administración demandada, lejos de cumplir con el ordenamiento jurídico vigente, simplemente resolvió dar traslado de la reclamación del recurrente al arrendatario, sin que conste que haya tramitado, ni mucho menos resuelto, tal como le exigía el marco jurídico más arriba indicado la reclamación de la recurrente. Y desde luego, ante este supuesto de incumplimiento legal, lo que no puede la Sala es dar cabida a sus pretensiones pues suponen, en esencia, que la propia administración local, se beneficie de su conducta netamente ilegal. Sólo cabría circunscribir la responsabilidad de la administración demandada a los justos límites establecidos por el artículo 98 del Real decreto legislativo 2/2000, de haber seguido el procedimiento legalmente establecido.” (FJ 5)

En virtud de lo anterior, el Tribunal estimó el recurso contencioso-administrativo, declarando que la resolución impugnada era contraria a derecho, anulándola, y condenó a la administración demandada a abonar al recurrente la cantidad de 1.289,05 euros.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, ver las siguientes sentencias: STSJ de Galicia de 18 de enero de 2002, recurso contencioso-administrativo núm. 4001/1998 (Aranzadi 2002/334); STSJ de Asturias de 8 de enero de 2002, recurso contencioso-administrativo núm. 133/1998 (Aranzadi 2002/281); STSJ de Cantabria de 20 de junio de 2001, recurso contencioso-administrativo núm. 290/2000

(Aranzadi 2001/1145); STSJ de Asturias de 2 de noviembre de 2000, recurso contencioso-administrativo núm. 361/1997 (Aranzadi 2001/218);

STSJ de Extremadura de 22 de diciembre de 1998, recurso contencioso-administrativo núm. 1436/1995 (Aranzadi 1998/4619).

Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. Derecho fundamental a la integridad física. Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Ruido procedente de bandas viales transversales sonoras

SUPUESTO DE HECHO

Un particular solicitó que fueran retiradas las bandas sonoras existentes en una carretera a la altura de su vivienda. El director general de Obras Públicas de la Consejería de Vivienda, Obras Públicas y Transportes del Gobierno de La Rioja denegó dicha petición. Contra dicha petición, el particular interpuso un recurso contencioso-administrativo, alegando que el ruido producido por los vehículos generaba una contaminación acústica que infringía el artículo 15 de la CE, en cuanto que vulneraba el derecho fundamental a la integridad física y moral; el artículo 18 de la CE, que reconoce el derecho fundamental a la vida privada y familiar e inviolabilidad del domicilio, y el artículo 8 del CEDH, que reconoce el derecho del respeto de la vida privada y familiar y del domicilio.

El Tribunal Superior de Justicia de La Rioja estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Antes de entrar en el análisis del caso enjuiciado, el Tribunal hizo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En cuanto a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal recordó que éste ha declarado que:

“en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del artículo 8.1 del Convenio de Roma.” (FJ 2)

En este sentido, el Tribunal recordó que:

“Dicha doctrina, [...] debe servir, conforme proclama el ya mencionado artículo 10.2 de la CE, como criterio interpretativo de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales en el bien entendido que ello no supone una traslación mimética del referido pronunciamiento que ignore las diferencias normativas existentes entre la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Desde la perspectiva de los derechos fundamentales implicados, respecto de la afectación al derecho a la integridad física y moral, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (artículo 15 de la CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 de la CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el artículo 15 de la CE.” (FJ 2)

Por su parte, el Tribunal declaró que:

“Respecto a los derechos del artículo 18 de la CE, que en tanto el artículo 8.1 del CEDH reconoce el derecho de toda persona ‘al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia’, el artículo 18 de la CE dota de entidad propia y diferenciada a los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1) y a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2). Respecto del primero de estos derechos fundamentales el Tribunal Constitucional ha precisado que su objeto hace referencia a un ámbito de la vida de las personas excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, y que la delimitación de este ámbito ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con este criterio,

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 168/2004

RESOLUCIÓN: 91/2005

FECHA: 18 de febrero de 2005

PONENTE: Ilmo. Sr. José Luis Díaz Roldán

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Gobierno de La Rioja

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 15 y 18 de la CE, y artículo 8 del CEDH

DOCTRINA: Derecho fundamental a la integridad física. Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Ruido procedente de bandas viales transversales sonoras (FJ 2 y 3)

que uno de dichos ámbitos es el domiciliario por ser aquel en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima [...].” (FJ 2)

Dicho lo anterior, y en relación con el caso estudiado, el Tribunal constató que:

“el nivel de ruido que procede de las bandas transversales instaladas sobre la calzada, al paso de los vehículos, es si no continuo, sí al menos muy frecuente, debido a la circunstancia notoria del gran tráfico que soporta el tramo donde se encuentran ubicadas las bandas. Y además es también notorio que muchos de los vehículos que cruzan las bandas circulan a una velocidad superior a la permitida en aquel lugar, por lo que el ruido producido es mayor del ocasionado si circularan a esta velocidad.” (FJ 3)

Partiendo de lo anterior, el Tribunal declaró lo siguiente:

“probado que el nivel de ruido derivado de la incesante circulación existente en el punto donde se encuentran las bandas es superior al permitido por la Ordenanza de Villamediana de Tregua, que sirve como punto de referencia, ocasionando una contaminación acústica que si bien, no ponen en peligro la salud del actor o de su familia, sí que se priva del derecho de disfrute de su domicilio, impidiendo el normal desarrollo de su intimidad personal y familiar, de acuerdo con los usos sociales existentes en la actualidad, por lo que se aprecia la infracción del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2.” (FJ 3)

Por otra parte, el Tribunal destacó que:

“No se considera que exista un interés público en el mantenimiento de las marcas viales sean necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos de motor y seguridad vial, pues puede ser sustituido por otro tipo de señal que no produzca contaminación acústica.” (FJ 3)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó el recurso, anulando el acto impugnado y acordando la retirada de las bandas transversales.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, en la contaminación acústica procedente de un local musical, ver la siguiente sentencia: STSJ de Cataluña 186/2005, de 10 de febrero.

Sobre el derecho fundamental a la integridad física y moral, ver la siguiente sentencia: STC 119/2001, de 24 de mayo (Aranzadi 2001/119).

Sobre el derecho a la intimidad personal y familiar, ver las siguientes sentencias: STC 144/1999, de 22 de julio (Aranzadi 1999/144); STC 292/2000, de 30 de noviembre (Aranzadi 2000/292); STC 186/2000, de 10 de julio (Aranzadi 2000/186).

Relacionándolo con la dignidad de la persona (artículo 10.1 de la CE): STC 202/1999, de 8 de noviembre (Aranzadi 1999/202).

Sobre la inviolabilidad del domicilio, ver la siguiente sentencia: STC 171/1999, de 27 de septiembre (Aranzadi 1999/171).

Sobre el derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio, ver las siguientes sentencias: STC 22/1984, de 17 de febrero (Aranzadi 1984/22) (FJ 5); STC 137/1985, de 17 de octubre (Aranzadi 1985/137) (FJ 2), y STC 94/1999, de 31 de mayo (Aranzadi 1999/94) (FJ 5).

Advirtiendo que ciertos daños ambientales, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del artículo 8.1 del Convenio de Roma, ver las siguientes sentencias: STEDH de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994/3), caso López Ostra contra Reino de España; STEDH de 19 de febrero de 1998 (TEDH 1998/2), caso Guerra y otros contra Italia y STEDH de 8 de julio de 2003 (TEDH 2003/40), caso Hatton y otros contra Reino Unido.

Sobre las consecuencias de una exposición prolongada a determinados niveles de ruido, ver la siguiente sentencia: STC 119/2001 (Aranzadi 2001/119) (FJ 6)

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Responsabilidad de propietarios de establecimientos públicos por acciones del personal al servicio de los mismos. Culpa in vigilando

SUPUESTO DE HECHO

El personal empleado de un establecimiento impidió la actuación de los agentes del Cuerpo de Policía Municipal de Madrid, llegando a agredir a uno de ellos. Por los hechos expuestos el titular del establecimiento fue sancionado por la comisión de una infracción administrativa en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, derivada de una obstaculización a la actuación de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones legalmente atribuidas. Contra dicha resolución, el titular interpuso un recurso contencioso-administrativo, que fue estimado, lo que dio lugar a la interposición del correspondiente recurso de apelación por parte de la Administración.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La parte apelante se basaba en que la sentencia apelada estimaba que se había vulnerado el principio de personalidad de las penas, de modo que el expediente sancionador debería haberse dirigido contra el autor de los hechos, cuando, por el contrario, ésta entendía que en ese caso resultaba de aplicación el título de imputación de responsabilidad fundamentado en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, de modo que la titular estaba obligada a velar por el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico.

Sobre este aspecto, el Tribunal destacó en primer lugar que:

“la responsabilidad por el hecho administrativo, es diferente de la penal y por ello el que no fuera necesario esperar a que hubiera sentencia en el proceso penal, al ser diferentes los hechos enjuiciados, aunque estén relacionados.” (FJ 2)

Dicho lo anterior, el Tribunal advirtió que:

“Partiendo de que estamos aquí ante una responsabilidad administrativa, son de especial aplicación las normas administrativas que tratan la materia y así nos encontramos que el artículo 30.3 de la Ley 17/1997, de espectáculos públicos y actividades recreativas, establece que ‘los organizadores de los espectáculos, los titulares de locales y establecimientos, así como los encargados de unos y otros, están obligados a permitir el acceso de los funcionarios debidamente acreditados al efecto para efectuar las inspecciones, estando igualmente obligados a prestarles la colaboración necesaria para el desarrollo de las mismas.’” (FJ 2)

A continuación, el Tribunal se remitió a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha declarado que “La doctrina expuesta no supone una preterición de los principios de culpabilidad o de imputabilidad sino su acomodación a la eficacia de la obligación legal de cumplir las medidas de seguridad impuestas a las empresas, deber que arrastra, en caso de incumplimiento, la correspondiente responsabilidad para el titular de las mismas, aunque tenga su origen en la actuación de los empleados a quienes el empresario hubiese encomendado su efectiva

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 61/2005

RESOLUCIÓN: 297/2005

FECHA: 6 de abril de 2005

PONENTE: Ilmo. Sr. Ricardo Sánchez Sánchez

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Comunidad Autónoma de Madrid

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 30.3 de la Ley 17/97, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas

DOCTRINA: Responsabilidad de propietarios de establecimientos públicos por acciones del personal al servicio de los mismos. Culpa in vigilando (FJ 2)

puesta en práctica”, y que “La responsabilidad administrativa de las sociedades y entidades jurídicas (en el presente caso ‘M., SA’) por los actos dolosos o culposos de sus socios, dependientes o empleados es doctrina reiterada en numerosas sentencias de este TS.” (FJ 2)

Por lo expuesto, el Tribunal estimó el recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la responsabilidad de los organizadores de los espectáculos, los titulares de locales y establecimientos, ver las siguientes sentencias: STS de 20 de octubre de 2003 (Aranzadi 2004/266); STC 246/1991, de 19 de diciembre (Aranzadi 1991/246).

Refiriéndose a los actos de socios, dependientes o empleados: STS de 17 de noviembre de 1994 (Aranzadi 1994/8824); STS de 21 de septiembre de 1993 (Aranzadi 1992/6844); STS de 10 de diciembre de 1992 (Aranzadi 1992/9803) y STS de 18 de enero de 1993 (Aranzadi 1993/24).

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Prescripción de deudas tributarias

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Santa Marta de Tormes denegó la devolución de unos avales prestados para obtener la suspensión de la ejecución de liquidaciones por el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos. El interesado interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la impugnación contra la desestimación del recurso de reposición interpuesto contra el acto mencionado.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente alegaba la prescripción del derecho de liquidar de la administración, por haber transcurrido cinco años desde que tuvo lugar el otorgamiento de la escritura, hasta que se dictó la liquidación. Por su parte, el recurrente alegaba que habría prescrito el derecho al cobro por haber transcurrido más de cinco años desde que presentó el escrito de recurso en 1993 sin que la Administración adoptara resolución alguna.

Antes de entrar en el caso estudiado, el Tribunal hizo referencia a las diferencias entre la prescripción civil y la prescripción tributaria. En relación con la prescripción civil, el Tribunal señaló que:

“El artículo 1973 del Código civil dispone que ‘la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor’. Como se aprecia hay dos vertientes, una, quizás la más importante, es por la exigencia del crédito por parte del acreedor, que puede llevar a cabo judicial o extrajudicialmente, y la otra por reconocimiento del deudor.” (FJ 3)

En cuanto a la prescripción tributaria, el Tribunal declaró que:

“En el Derecho tributario, la exigencia judicial o extrajudicial se sustituye por virtud de la autotutela de la Administración manifestada por las distintas facultades de ésta que, en esencia, son tres, la de autotutela declarativa, consistente en la de determinar la deuda tributaria mediante sus facultades comprobadoras e investigadoras y de liquidación; la de autotutela sancionadora, que es la acción para imponer sanciones tributarias, y la autotutela ejecutiva para cobrar las obligaciones tributarias por vía de apremio administrativo. Las tres, por su propia naturaleza son secuenciales, de modo que la primera que es la que nos interesa es prioritaria respecto de la segunda, y de la tercera pues la acción para cobrar nace cuando existe una liquidación administrativa o una obligación declarada por el sujeto pasivo no ingresada, pero lo que importa destacar es que la Administración tributaria no sólo ostenta dichas facultades, sino que, además, y esto es muy importante, está obligada a ejercerlas, de manera que practicada la liquidación y notificada, se inicia el período de ingreso en voluntario, y transcurrido éste sin que el contribuyente haya realizado el ingreso, la Administración está obligada a iniciar, sino se ha solicitado y concedido el aplazamiento o fraccionamiento a exigir su cumplimiento por vía ejecutiva, y si así no lo hiciera prescribirá la acción de cobro.” (FJ 3)

A continuación, el Tribunal advirtió que:

“La cuestión se complica, cuando la liquidación es impugnada en vía económico-administrativa, porque el contribuyente no está conforme con ella, en ese caso la Ley deja perfectamente claro que si el contribuyente no obtiene la suspensión, la obligación tributaria aunque esté controvertida debe ser cumplida por vía ejecutiva y además precisa que en el procedimiento ejecutivo que se inicie no pueden traerse o plantearse los motivos de discrepancia sobre la liquidación, como así lo precisa y aclara el artículo 137 de la Ley general tributaria.” (FJ 3)

Dicho lo anterior, el Tribunal se remitió a su propia jurisprudencia, señalando que:

“La tesis que sostiene la Sala es que existe una indiscutible interdependencia de los procedimientos declarativos, revisorios y ejecutivos, en especial cuando están vivos, pero ello no significa que las causas de interrupción en los primeros produzca indefectiblemente la interrupción de la prescripción en el procedimiento ejecutivo [...].

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 3941/1998

RESOLUCIÓN: 742/2005

FECHA: 29 de abril de 2005

PONENTE: Ilma. Sra. Mercedes Pedraz Calvo

DEMANDADO: Ayuntamiento de Santa Marta de Tormes

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 64, 66, 125 y 137 de la Ley general tributaria

DOCTRINA: Prescripción de deudas tributarias (FJ 3 y 4)

“[...] La tesis anterior no empece para reconocer el *prius* lógico del derecho a liquidar, respecto de la acción de cobro, pues aunque ésta se halle plenamente viva, si se produce la prescripción de la primera, es decir, del derecho a determinar la deuda tributaria, la acción de cobro se extingue por falta de objeto.” (FJ 3)

Sin embargo, el Tribunal aclaró que:

“Pese a este indiscutible ‘*prius* lógico y funcional’ del derecho a liquidar respecto de la acción de cobro, la Sala reitera que los actos interruptivos del primero no se extienden a la acción de cobro, de manera que si en el caso de autos, la Administración Tributaria por las razones que fueran, entre las cuales no hay que descartar la incuria, pues la obligada providencia de apremio, de la liquidación no fue notificada hasta el día 12 de junio de 1992, es claro que prescribió la acción de cobro, aunque estuviera vivo el derecho a determinar la deuda tributaria, en sede de los procedimientos revisorios, en curso.” (FJ 3)

De acuerdo con lo expuesto, entrando en el caso estudiado, el Tribunal declaró que:

“resulta a juicio de esta Sala, que la Administración no ha realizado actividad alguna relativa ni a la liquidación ni al cobro de la deuda litigiosa, pues una actuación que la propia Administración autora del acto declaró nula (aunque no lo hizo formalmente declaró la estimación de los recursos y estos a su vez solicitaban la anulación, revocación o dejar sin efecto) no tiene virtualidad alguna a los efectos estudiados.” (FJ 3)

Finalmente, el Tribunal señaló que:

“para poder resolver sobre la devolución de las garantías es preciso concluir con carácter previo si procede su mantenimiento, y éste está vinculado a la exigibilidad de la deuda que garantiza.” (FJ 4)

Al respecto, el Tribunal consideró que “En este supuesto la deuda no es exigible por haber prescrito el derecho de la Administración a su cobro, según lo expuesto y razonado en el fundamento jurídico anterior, por lo que no es incongruente el pronunciamiento solicitado relativo a la prescripción.” (FJ 4)

En consecuencia, el Tribunal consideró que procedía la devolución del aval.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó el recurso contencioso-administrativo.

E) Jurisdicción civil

Audiencia Provincial de Cantabria. Inmisiones ilícitas. Olores, gases y humos procedentes de establecimiento dedicado a la hostelería

SUPUESTO DE HECHO

Una comunidad de propietarios de garajes interpuso una demanda contra el propietario de un local dedicado a la hostelería por las molestias ocasionadas por los olores, gases y humos procedentes del mismo hacia la entrada y salida de los garajes, demanda que fue desestimada por el juzgado de primera instancia correspondiente. Contra dicha resolución, los propietarios interpusieron un recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Cantabria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La parte apelante invocaba la vulneración del artículo 9 de la LPH. Sin embargo, el Tribunal consideró que dicho precepto era inaplicable al caso. Al respecto, el Tribunal señaló que “la Ley de propiedad horizontal regula las relaciones entre los copropietarios de un inmueble y la comunidad formada por ellos”, y advirtió que en el caso estudiado “la comunidad actora no es la del edificio, sino solo la de los garajes, por lo que el demandado no forma parte de la misma [...]. Por ello no se podría exigir el cumplimiento por parte del demandado de unas obligaciones contenidas en el citado artículo 9 que no consta que tenga respecto de una comunidad a la que no pertenece” (FJ 4).

En segundo lugar, el recurrente invocaba la vulneración de los artículos 1902 y 1908 del Código civil. Al respecto, el Tribunal indicó que:

“estamos ante un caso de lo que se ha venido denominando por la jurisprudencia como actos de inmisión, y que encuentran su apoyo en el citado artículo 1908 del CC.” (FJ 5)

A continuación, el Tribunal destacó la falta de una regulación detallada en nuestro país en materia de inmisiones, si bien indicó que:

“Es en base a toda esta legislación dispersa, como la doctrina y la jurisprudencia han venido construyendo una teoría general sobre las inmisiones, fundamentalmente a partir de los preceptos del Código civil, concretamente de los artículos 1908.3-4 y 590, el primero de los cuales se refiere a los humos y emanaciones, como generadores de responsabilidad extracontractual y el segundo precepto, incluido dentro de la regulación de las servidumbres, donde se prohíbe la construcción cerca de pared medianera o ajena de pozos, cloacas, chimeneas, establos... sin guardar las distancias previstas en reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias; estos preceptos deben completarse con el artículo 7, que somete al ejercicio de los derechos a las exigencias de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho.” (FJ 5)

A continuación, el Tribunal recordó que el Tribunal Supremo “mantiene que se deben aplicar ‘el principio de exigencia de un comportamiento correcto con la vecindad’, así como el de una prohibición general de toda inmisión perjudicial o nociva” (FJ 5).

Entrando en el caso estudiado, el Tribunal analizó si se había producido un perjuicio que tuviera que ser impedido por los tribunales. En este sentido, en cuanto a los hechos, el Tribunal constató que:

“existía olor a comida y que la colocación del citado extractor en la zona de retranqueo hace que los gases se introduzcan en el recinto de la escalera de evacuación de los garajes.” (FJ 5)

Al respecto, señaló que:

“Los tribunales han venido sentando el criterio de que si el perjuicio que se pudiera ocasionar al demandado fuera excesivo, como por ejemplo si se le impidiera desarrollar su negocio, no se le podría exigir que dejara de emitir esos olores, aunque sí que se adoptaran por el mismo las medidas necesarias para disminuir el daño que se está ocasionando al perjudicado. De la misma forma se ha mantenido que no es necesario que sea insufrible o intolerable, sino que basta con que sea incomodo o desagradable para el que lo sufre.” (FJ 5)

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Cantabria.

Sección Tercera. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 243/2004

RESOLUCIÓN: 116/2005

FECHA: 7 de abril de 2004

PONENTE: Ilmo. Sr. Justo Manuel García Barros

NORMATIVA APLICABLE: Artículo 9 de la Ley de propiedad horizontal, y artículos 1902 y 1908 del Código civil

DOCTRINA: Inmisiones ilícitas. Olores, gases y humos procedentes de establecimiento dedicado a la hostelería (FJ 4 y 5)

Aplicando lo anterior al caso estudiado, el Tribunal declaró lo siguiente:

“En el presente caso hay que tener en cuenta que la salida de los gases y olores se encuentra justo a la entrada del acceso peatonal, por lo que molesta de manera evidente a los que tienen que usarlo, que no están obligados a soportar dicha limitación de su propiedad al no existir servidumbre alguna que les obligue a ello.

“Del informe pericial se deduce que la solución en este caso es relativamente sencilla para el demandado, colocando en otro lugar dicho extractor, aparte de mantenerlo de manera adecuada. La colocación del mismo en la zona de retranqueo impide un uso de los garajes sin la perturbación que se les está produciendo.”

A continuación, el Tribunal aclaró que:

“El hecho de que tenga autorizado por la administración municipal la colocación del mencionado sistema no es obstáculo para que se pueda estimar la demanda pues es sabido que las citadas autorizaciones se conceden siempre sin perjuicio de terceros y que no por ello se justifica la inmisión.” (FJ 5)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó el recurso, revocando la sentencia impugnada y condenando a la entidad demandada a realizar la obra necesaria y suficiente para eliminar definitivamente el extractor de olores gases y humos situado en la entrada y salida peatonal que da acceso a los garajes comunitarios.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre inmisiones ilícitas, ver las siguientes sentencias: STS de 29 de abril de 2003 (Aranzadi 2003/3041); STS de 18 de octubre de 2000 (Aranzadi 2001/24341); SAP Zamora de 2 de mayo de 2003 (Aranzadi 2003/151309).

Audiencia Provincial de Girona. Acciones interdictales contra actos administrativos

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Tossa de Mar acordó la creación de una fundación privada para la gestión de un centro geriátrico. Al cabo de unos meses, se acordó el cese de varias personas del cargo que ostentaban en el patronato de dicha fundación, en tanto que ostentaban la condición de alcaldesa, regidora y primera teniente de alcalde, siendo nombradas diferentes personas. Las personas desposeídas interpusieron un interdicto de recobrar la posesión. El juzgado de primera instancia correspondiente estimó la excepción de incompetencia invocada por la parte demandada, declarando, sin entrar en el fondo del asunto, que el orden jurisdiccional competente para conocer de la pretensión instada era el contencioso-administrativo.

La Audiencia Provincial de Girona confirmó dicho pronunciamiento en apelación, con imposición de costas a las recurrentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó qué jurisdicción era competente para conocer del asunto. Al respecto, se refirió al ejercicio de acciones interdictales contra los actos administrativos, señalando lo siguiente:

"Dando respuesta al verdadero motivo del recurso, debe decirse que, aunque tradicionalmente se venía entendiendo, que estaba vedado el ejercicio de acciones interdictales contra los actos administrativos dictados por la autoridad o los órganos administrativos en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido (artículo 103 de la LPA y 38 de la LRJAE, en relación con el artículo 101 de la Ley 30/1992), se admitía también la viabilidad de estas acciones en el caso de actividad administrativa ajena a la competencia del órgano del que dimana y de ejercicio de la misma al margen del procedimiento predeterminado por la Ley, esto es, en los supuestos de inexistencia o irregularidad sustancial del acto de cobertura e irregularidad o exceso en la propia actuación ejecutiva, incurriendo, en definitiva, la Administración en una vía de hecho, cuyo empleo, aun con la finalidad de ejercer sus legítimas facultades, le priva de las prerrogativas que le son propias, posibilitando su control por los tribunales del orden civil, al ser los actos así realizados nulos de pleno derecho." (FJ 2)

A continuación el Tribunal advirtió que:

"Este criterio ha de variar necesariamente tras la entrada en vigor de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 13 de julio de 1998, que establece en los artículos 25.2, 30, y 32.2 la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo contra las actuaciones materiales de la Administración que constituyen vía de hecho, y la modifica-

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Girona. Sección Primera. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 578/2004

RESOLUCIÓN: 93/2005

FECHA: 2 de marzo de 2004

PONENTE: Ilmo. Sr. Fernando Lacaba Sánchez
DEMANDANTE: Miembros del Ayuntamiento de Tossa de Mar

DEMANDADO: Fundación municipal

NORMATIVA APLICABLE: Artículos 25.2, 30 y 32.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa; artículo 101 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común; artículo 36 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de enjuiciamiento civil, y artículo 9.4 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

DOCTRINA: Acciones interdictales contra actos administrativos (FJ 2)

ción de la LOPJ operada por la Ley orgánica 6/1988, de 13 de julio, en cuya virtud el artículo 9.4 de aquélla reconoce expresamente la competencia de los tribunales del orden contencioso-administrativo para conocer de dichas actuaciones, que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase, de manera que se atribuye el control cautelar de la actuación administrativa constitutiva de vía de hecho a la jurisdicción contencioso-administrativa." (FJ 2)

Finalmente, el Tribunal advirtió que:

"Por otra parte, la decisión impugnada encuentra su apoyo, ahondando en lo ya expuesto, en lo dispuesto en el artículo 101 de la LRJ-PAC que prohíbe los procedimientos interdictales contra actuaciones de los órganos de la Administración verificados en materia de su competencia y según el procedimiento legalmente establecido, como es el caso de autos." (FJ 2)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

Audiencia Provincial de Castellón. Sometimiento de la Administración pública a las reglas de la competencia desleal. Prestación de servicios deportivos por un ayuntamiento

SUPUESTO DE HECHO

Una asociación de centros deportivos interpuso demanda por competencia desleal contra el Ayuntamiento de Burriana, ejercitando acción declarativa de la deslealtad y la de cesación, respecto de una sala de *fitness* que el Ayuntamiento ponía a disposición de los usuarios en las instalaciones de la piscina municipal.

El juzgado de primera instancia correspondiente desestimó la demanda.

La Audiencia Provincial de Castellón desestimó el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución, con imposición de costas a la parte apelante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con el caso estudiado, en primer lugar el Tribunal se refirió a la actividad efectivamente llevada a cabo por el Ayuntamiento, advirtiendo lo siguiente:

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Castellón. Sección Tercera. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 326/2004

RESOLUCIÓN: 79/2005

FECHA: 14 de febrero de 2004

PONENTE: Ilma. Sra. Adela Bardón Martínez

DEMANDADO: Ayuntamiento de Burriana

NORMATIVA APLICABLE: Artículo 38 de la CE; artículos 5, 11, 15 y 16 de la Ley de competencia desleal (LCD), y artículo 22.a) de la Ley valenciana del deporte 4/1993

DOCTRINA: Sometimiento de la Administración pública a las reglas de la competencia desleal. Prestación de servicios deportivos por un ayuntamiento (FJ 2)

“no consta realizado ningún estudio comparativo entre los usuarios del pabellón municipal y el de los gimnasios privados, pero la función primordial de los primeros se dirige al uso de la piscina municipal con actividades acuáticas, donde no compite con el sector privado, ya que, como reconoció el representante de la entidad actora, ellos no pueden ofrecer este servicio, que además entiende correcto que por ello lo ofrezca el Ayuntamiento y lo que no podemos admitir es que por el hecho de haber acondicionado una sala de aparatos de musculación y tonificación, esto pase a ser la actividad principal y el uso de la piscina sea complementario de dicha Sala, lo que queda además desvirtuado con la oferta del programa acuático que se ha acompañado en fase probatoria. Desconocemos si algún usuario que lo fuera del gimnasio privado, en cuyo interés se interpone la demanda, haya dejado de acudir al mismo por el hecho de poder ahora utilizar la piscina, ya que entendemos que la utilización de la misma pudiera verse fomentada con el complemento de esa sala *fitness*, pero que difícilmente dicha sala por sí sola, en las condiciones en que se oferta, pueda ser la causa de que los usuarios que la utilizan hayan dejado por ello de acudir a los gimnasios privados.” (FJ 2)

A continuación, el Tribunal se mostró contrario al parecer del recurrente en cuanto a que el Ayuntamiento estuviera aprovechándose del esfuerzo del esfuerzo de inversión antecedente en el tiempo de la iniciativa privada, quien se afirmaba que fue quien introdujo la salas *fitness* en el municipio, lo que, según el recurrente, era constitutivo de una infracción del artículo 11 de la LCD. Dicho precepto dispone que:

“la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o compote un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.”

Con respecto al contenido de dicho precepto, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Se requiere por tanto que los consumidores asocien el producto con el propio de quien se ve afectado por el acto de competencia desleal o que se aproveche del esfuerzo o de la reputación ajena, requisitos que entendemos no concurren en el presente supuesto ya que tal y como antes hemos mencionado el producto es diferente, la utilización de la piscina municipal con el complemento de la sala *fitness* sin otras indicaciones para el uso de los aparatos que los que pudieran dar otros usuarios de las instalaciones o la utilización de los gimnasios privados, donde el uso de los aparatos de tonificación y musculación está dirigido y planificado por un monitor normalmente titulado, no existe posible confusión entre los consumidores, sin que tampoco se constate que se haya producido un aprovechamiento del esfuerzo o de la reputación ajena en la actividad ofertada por el Ayuntamiento.” (FJ 2)

Siguiendo con la determinación de si la conducta del Ayuntamiento podía considerarse desleal, el Tribunal analizó las implicaciones del cobro de una tasa a bajo coste. Al respecto éste declaró que:

“el hecho de si resultaba procedente o no la fijación del abono de una tasa por la utilización de la piscina municipal y con ello de la sala *fitness*, o si en su caso lo que debió de haberse establecido fue un precio público, es algo ajeno a lo que aquí debemos resolver, pero lo que no puede afirmarse es que la utilización de la sala *fitness* sea gratuita como tal, ya que el ente municipal lo entiende como un complemento de las actividades acuáticas.” (FJ 2)

Siguiendo con lo anterior, el Tribunal se refirió a la finalidad de la actividad desarrollada por el ayuntamiento, destacando que:

“dentro de las competencias municipales en materia deportiva y a tenor de lo establecido en el artículo 22.a) de la Ley valenciana sobre el deporte 4/1993, se encuentra el fomento de la actividad físico-deportiva, mediante la elaboración y ejecución de planes de promoción del deporte para todos, dirigidos a los diferentes sectores de la población, lo que no deja de ser una proyección del mandato constitucional establecido en el artículo 43 de la Constitución española, cuando determina que los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte, añadiendo que asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.” (FJ 2)

En este sentido, el Tribunal recordó que:

“existe una trilogía de intereses que están en juego en el mercado, el interés privado de los empresarios, el interés público de la Administración, y el interés colectivo de los consumidores, y es evidente que la entidad Apropdeport sólo está pensando en el primero de ellos, en un ámbito en el que estos últimos están protegidos y tienen, según hemos mencionado, exigencia y preponderancia constitucional.

“Esto por sí solo explica que el precio que se abone por el uso del servicio que oferta el Ayuntamiento sea acorde con esta finalidad, sin que obedezca a ninguna estrategia de eliminación del competidor, ni siquiera con la consecuencia que denomina el apelante como ‘efecto colateral’.” (FJ 2)

A continuación, el Tribunal negó que la conducta la actuación del Ayuntamiento se pudiera reputar contraria a las exigencias de la buena fe, indicando que:

“la actuación del Ayuntamiento no puede calificarse de contraria a las exigencias de la buena fe, cuando voluntariamente decide dejar de ofertar clases de *aerobic*, por si pudiera entrar en concurrencia con los gimnasios privados y además desde el boletín municipal, cuando se hace mención a la sala *fitness*, además de explicar su concepción como un servicio complementario a la finalidad principal de la instalación, el uso de servicios acuáticos, se expresa que no es el objetivo de la instalación el ofrecer un servicio de musculación, para lo que ya se dice que se encuentran los gimnasios privados, sino que dentro de la línea de deporte como medio de salud y de calidad de vida, que los usuarios de la piscina puedan realizar una actividad cardiovascular o de mantenimiento físico junto con el resto de servicios de la instalación, para lo que se dice que se han elegido las máquinas que lo componen y no otras, excluyendo expresamente lo que denomina de peso libre (mancuernas, barras, discos, etc.) insistiendo con que este material está encaminado a un servicio que ofertan las entidades privadas de la ciudad.” (FJ 2)

Finalmente, el Tribunal concluyó lo siguiente:

“la actividad que se desarrolla aunque tenga una vertiente económica tiene como finalidad la encomendada por la propia constitución, según ya hemos referido, a los poderes públicos, incardinándose en la competencia de fomentar el deporte y si se ha producido alguna vulneración de alguna norma administrativa en tal actuación, lo que aquí desconocemos, ello no tiene la trascendencia de poder considerarse desleal esa conducta, por ser ajena y obedecer a fines diferentes a los concurrenciales, sin que tampoco podamos entender con ello infringiendo el artículo 38 de la CE que reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado.

“Es cierto que la administración goza de determinadas prerrogativas que el apelante califica de ‘fortalezas’ como el poder presupuestario que entendemos que, en contra de lo que se afirma, no es ilimitado, privilegios tributarios, instalaciones financiadas en parte por otras administraciones públicas, empleo de instrumentos de publicidad, pero esto consideramos que está plenamente justificado cuando lo que se pretende es hacer frente a una obligación constitucional, de clara finalidad social y que incide en forma importante en lo que pudiera ser la promoción y fomento del deporte, por lo que consideramos en definitiva que no se ha evidenciado ninguno de los ilícitos que pudieran hacer calificar su actuación de desleal y en virtud de todo lo expuesto y habiéndolo apreciado en tal sentido la resolución recurrida, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar en consecuencia dicha resolución.” (FJ 2)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso, con imposición de costas al recurrente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre un supuesto similar, ver las siguientes sentencias: SAP de Castellón núm. 105 de 4 de mayo de 2004 (Aranzadi 2004/965); SAP de Ourense de 10 de marzo de 2004. En QDL núm. 7: SAP de Castellón 136/2004, de 15 de mayo.

Audiencia Provincial de Ciudad Real. Accidente de menor en una piscina municipal. Responsabilidad patrimonial de la Administración. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa

SUPUESTO DE HECHO

La representante de un menor interpuso demanda contra una compañía de seguros por los daños sufridos por ese en una piscina. El juzgado de primera instancia correspondiente estimó parcialmente la demanda, condenando a la compañía aseguradora a abonar la cantidad de 2.679 euros más los intereses legales. La compañía demandada interpuso un recurso de apelación contra dicha resolución, invocando una excepción de falta de jurisdicción, al considerar que la reclamación indemnizatoria que se formulaba lo era en base a hechos acaecidos en dicho lugar perteneciente a la esfera de la Administración local.

La Audiencia Provincial de Ciudad Real estimó el recurso, estimando la excepción de falta de jurisdicción civil a favor de la contencioso-administrativa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con los hechos, el Tribunal destacó en primer lugar que:

“es dominante en el origen causal del daño la circunstancia de que se produce dentro del ámbito municipal como incidencia propia vinculada a la actividad de la piscina pública, ya que el menor que causa el golpe a la víctima es empujada al agua por otra persona. Realidad tal, que no puede obviarse por el hecho de no haber demandado ni al Ayuntamiento implicado ni a los sujetos privados directamente partícipes de lo acaecido, sin duda en claro gesto procesal de eludir la reclamación administrativa previa y el consiguiente orden contencioso-administrativo.” (FJ 2)

Sentado lo anterior, el Tribunal señaló que:

“el enfoque de la cuestión ha de hacerse partiendo de la realidad normativa existente, en punto a la regulación jurídica material y procedimental aplicable al asunto que nos ocupa, a la fecha de interposición de la demanda.”

En consecuencia, el Tribunal analizó el marco jurídico aplicable, declarando lo siguiente:

“en el marco jurídico vigente, tanto la Ley 29/1998, de 13 julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, como la anterior Ley 30/1992, reformada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, han asegurado, en palabras de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 16-12-2002 (RJ 2003, 2599), la unificación del régimen jurídico de la responsabilidad de la Administración y también la determinación de la vía procedimental procedente, teniendo en cuenta además –sigue dicien-

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Ciudad Real. Sección Primera. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 1074/2004

RESOLUCIÓN: 29/2005

FECHA: 9 de febrero de 2004

PONENTE: Ilmo. Sr. Alfonso Moreno Cardoso

DEMANDADO: Compañía aseguradora

NORMATIVA APLICABLE: Artículo 9.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial, y artículo 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común

DOCTRINA: Accidente de menor en una piscina municipal. Responsabilidad patrimonial de la Administración. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (FJ 2)

do la sentencia— el artículo 9.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial en la redacción que dispone la Ley orgánica 6/1998, de 13 de julio, que especifica que ‘si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional’ contencioso-administrativo. Invocación, esta última, no observada en el presente caso por el demandante, pero que no por eso, aunque se ha acudido a exigir la reparación del daño únicamente a la aseguradora al amparo de los artículos 1902 y 1903 del CC, ha de impedir el efectivo cumplimiento de la Ley que se trata de eludir, de acuerdo con lo previsto por el artículo 6.4 del CC y como manda rechazar imperativamente el artículo 11.2 de la LOPJ.” (FJ 2)

Por tanto, según el Tribunal:

“la solución al supuesto de autos ha de venir mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración conforme lo previsto en el artículo 139 y ss. de la Ley 30/1992 y ante la jurisdicción contencioso-administrativa, según prevé el artículo 2.e) de su Ley.” (FJ 2)

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso de apelación, acogiendo la excepción de falta de jurisdicción civil en favor de la contencioso-administrativa.

F) Jurisdicción penal

Audiencia Provincial de Salamanca. Usurpación de funciones públicas e intrusismo. Prevaricación de los funcionarios públicos. Nombramiento de secretario-interventor incumpliendo el procedimiento legalmente establecido

SUPUESTO DE HECHO

La alcaldesa del municipio de de Puente del Congosto (A.) nombró a C. secretario accidental de la plaza de secretario interventor del Ayuntamiento. Tras el nombramiento, éste ejerció las funciones propias del cargo. Por dichos hechos, el juzgado de lo penal correspondiente condenó a C. como autor de un delito de usurpación de funciones, a la pena de un año de prisión; y a A como cómplice de un delito de usurpación de funciones, a la pena de seis meses de prisión; absolviendo a C. de un delito de aceptación de nombramiento ilegal, de un delito de falsificación de documento público y de un delito de estafa; y a A. de un delito de prevaricación, de un delito de nombramiento ilegal, de un delito de falsificación de documento público, de un delito de fraude y de un delito de estafa que venían siéndoles imputados.

Contra dicha resolución, se interpuso un recurso de apelación. La

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Salamanca. Sala de lo Penal. Sección Primera. Jurisdicción penal. Recurso de apelación núm. 1/2005

RESOLUCIÓN: 17/2005

FECHA: 25 de abril de 2004

PONENTE: Ilmo. Sr. José Ramón González Clavijo

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 402 y 404 del Código penal

DOCTRINA: Usurpación de funciones públicas e intrusismo. Prevaricación de los funcionarios públicos. Nombramiento de secretario-interventor incumpliendo el procedimiento legalmente establecido (FJ 3, 4 y 7)

Audiencia Provincial de Salamanca estimó parcialmente el recurso, revocando en parte la impugnada y condenando a C. como autor de un delito de usurpación de funciones del artículo 402 del CP a la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público en la Administración local, provincial, autonómica, nacional o institucional, incluida la derivada de elección, durante el tiempo de condena, y a A. como autora de un delito de prevaricación del artículo 404 del CP a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público de carácter electivo, con pérdida de los honores que lleva consigo y sin posibilidad de obtener el mismo durante el tiempo de condena.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitaban la revocación de la sentencia a los efectos de que se condenara a A como autora de un delito de prevaricación del artículo 404 del CP. En este sentido, el Tribunal analizó los elementos del delito de prevaricación. En relación con su bien jurídico protegido, éste indicó que:

“El bien jurídico protegido en el delito de prevaricación es el correcto ejercicio de la función pública conforme a los parámetros constitucionales. No obstante, el interés específicamente protegido es el debido respecto del principio de legalidad en el ejercicio de las distintas funciones públicas, como principio esencial al que debe someterse la actividad pública en un Estado social y democrático de derecho; principio que goza de un amplio refrendo constitucional [...]” (FJ 3)

A continuación, el Tribunal señaló que:

“La tutela penal debe quedar limitada a aquellos ataques más graves contra la función pública, respetando los principios de mínima intervención y de selección fragmentaria de conductas en la intervención jurídico penal. Por ello el Código penal limita el tipo a aquellas infracciones de las normas legales administrativas llevadas a cabo en forma dolosa, por constituir las modalidades más graves de comportamiento, habiendo optado el legislador de 1995 por fijar una nítida frontera del ámbito sancionador que corresponde al derecho penal con relación a otras normas del ordenamiento jurídico en la materia.

“El delito de prevaricación requiere, pues, que la autoridad o funcionario público, a sabiendas de su injusticia, dicte una resolución en un asunto administrativo, resolución que debe ser arbitraria [...]” (FJ 3)

Seguidamente, el Tribunal enumeró los elementos del tipo, indicando lo siguiente:

“1º. Que se dicte una resolución, entendiéndose por tal cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los ciudadanos administrados, expresa o tácita, escrita u oral, son eficacia ejecutiva, es decir, que resuelva sobre el fondo [...]”

“2º. La resolución debe recaer sobre un asunto administrativo, entendiéndose por tal todas las resoluciones emitidas por funcionarios públicos y sometidas al Derecho administrativo, siempre que afectan al derecho de los administrados y a la colectividad en general, y que además requieran de un procedimiento formal en el que el funcionario decida la aplicación del derecho acordado [...]”

“3º. Carácter arbitrario de la resolución. La injusticia de la resolución ha sido interpretada por el TS de forma objetiva, en el sentido de exigir una contradicción de la resolución con el ordenamiento jurídico.” (FJ 3)

Con respecto al tercer elemento (injusticia de la resolución), el Tribunal señaló que “Para integrar el tipo de prevaricación no es suficiente que la resolución esté en contradicción con el ordenamiento jurídico, puesto que no basta la ilegalidad que a veces puede ser producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, sino que se precisa una contradicción clara y patente como es el caso, en el que no existe duda”, y que “el contenido de esa injusticia o arbitrariedad: puede radicar en la absoluta falta de competencia del funcionario o autoridad, en la inobservancia de alguna norma esencial del procedimiento, en la ausencia de razonamiento, o en el propio contenido sustancial de lo resuelto” (FJ 3).

Finalmente, en cuanto a los elementos del tipo, el Tribunal señaló que:

“4º. El último elemento, de evidente carácter subjetivo, implica que, para cometer el delito de prevaricación, el autor deberá ‘a sabiendas’ de su injusticia, adoptar la resolución.” (FJ 3)

Acerca del elemento subjetivo del tipo, el Tribunal advirtió que:

“La prueba del elemento subjetivo resulta compleja y con frecuencia obliga a recurrir a pruebas indirectas o de indicios, habiéndose negado al carácter doloso de la conducta cuando se solicita previo dictamen al asesor jurídico y se resuelve de conformidad, afirmándose, como hemos visto, en caso contrario, o incluso cuando se dicta la resolución arbitraria sin haber utilizado los medios puestos a su alcance para comprobar su concordancia con el ordenamiento jurídico (STS de 10 de mayo de 1993), lo que sería una forma de dolo eventual.” (FJ 3)

A continuación, y entrando en el caso enjuiciado, el Tribunal constató que:

“la acusada [...] ‘tenía la condición de autoridad’ y dictó una resolución administrativa, la Resolución de fecha 22 de octubre de 2001 por la que nombró a C. secretario accidental de la plaza de secretario interventor del Ayuntamiento de Puente del Congosto [...] que infringía abiertamente lo dispuesto en los artículos 10, 30 a 34 del Real decreto 1732/1994, de 29 de julio de 1994.” (FJ 4)

Por su parte, el Tribunal constató que “mantuvo su resolución, sin enmendarla, sabiendo de su injusticia, y ello se deduce de los hechos probados”, pues, según se señaló, “Hasta cuatro veces se le pone de manifiesto a la alcaldesa la ilegalidad del nombramiento y, pese a ello seguía manteniendo a C. trabajando en el Ayuntamiento” (FJ 4).

Por lo indicado, el Tribunal declaró lo siguiente:

“acreditado, [...] que [...] actuó a sabiendas de la injusticia de su proceder, debe considerársela autora de un delito de prevaricación del artículo 404 del CP y, a tenor de lo previsto en este precepto en relación con los arts 61, 66.6, 72 y 42 del CP, procede imponerle la pena de 7 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público de carácter electivo, ya que el delito se ha cometido valiéndose de su condición de alcaldesa, quedando incluida la pérdida de todos los honores que lleva consigo y sin posibilidad de obtener el mismo u análogo durante el tiempo de la condena. La pena se impone en el grado mínimo previsto al no concurrir circunstancia alguna y ser delincuente primaria.” (FJ 4)

Acerca de la posible comisión por A del delito de usurpación de funciones, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Estimando el recurso del Ministerio Fiscal y de la acusación particular y considerando a Alejandra autora de un delito de prevaricación para el nombramiento como secretaria de C., difícilmente se sostiene que sea cómplice del delito de usurpación de funciones del que se acusa a éste, pues dicha forma de participación no es sino la consumación de la prevaricación cometida, quedando subsumida en ésta y sin posibilidad de reproche penal autónomo. Por ello debe ser absuelta del delito de usurpación de funciones, sin necesidad de analizar los motivos de su recurso en este sentido.” (FJ 7)

Sin embargo, el Tribunal sí consideró procedente entrar a conocer el recurso interpuesto por C por infracción del artículo 402 del CP.

A tal efecto, el Tribunal se refirió a los elementos del tipo, declarando que:

“Esos requisitos tienen un doble carácter: objetivo: el ejercicio de actos propios de una autoridad o funcionario público ya sean los atribuidos por una disposición legal o reglamentaria, o aquellos que estén en el contexto de las atribuciones cuyo carácter oficial se atribuye el sujeto activo del delito, y subjetivo: la asunción por el agente de esa función pública ya sea manifestándolo oralmente o dándolo a conocer por actos con capacidad bastante para engañar a una persona o a una colectividad, con conocimiento por el agente de la antijuridicidad de su conducta y voluntad de realizar su irregular actuación, todo ello en el marco de un característico delito de simple actividad que con ella sola se lesionan intereses sociales colectivos y que por ello no precisa para consumarse de otros resultados lesivos.” (FJ 7)

Observando la conducta del acusado, en cuanto al elemento objetivo, el Tribunal consideró que:

“Es evidente que el acusado realizó actos propios del secretario del ayuntamiento y entre ellos.” (FJ 7)

Por su parte, en cuanto al elemento subjetivo, el Tribunal declaró que:

“dificilmente puede creerse que no sabía que no debía realizar tales actos, desde el momento en que, según consta, ejerció de forma efectiva funciones de secretario y necesariamente tuvo que tener acceso a los frecuentes requerimientos que se hacían a la alcaldesa y por el contenido de los documentos unidos a las actuaciones.” (FJ 7)

Finalmente, el Tribunal declaró que:

“Puede existir una cierta incoherencia en la sentencia, reconocida por el Ministerio Fiscal y por esta Audiencia, pero precisamente la incoherencia está en haber absuelto a Alejandra del delito de prevaricación y no en la condena de C., plenamente justificada por las razones expuestas en la sentencia de instancia y que hacemos nuestras.” (FJ 7)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó parcialmente los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, así como por la representación procesal de A, en los términos indicados en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el delito de prevaricación, ver las siguientes sentencias: STS de 23 de noviembre de 1993 (Aranzadi 1993/8714); STS de 21 de febrero de 1994 (Aranzadi 1994/1552); STS de 24 de junio de 1994 (Aranzadi 1994/5031) y STS de 14 de julio de 1995 (Aranzadi 1995/5435); SAP de Salamanca de 12 de abril de 2002 (Aranzadi 2002/165303); STS de 27 de enero de 1998 (Aranzadi 1998/98); STS de 23 de abril de 1997

(Aranzadi 1997/3263); STS de 23 de mayo de 1998 (Aranzadi 1998/4256); STS de 4 de diciembre de 1998 (Aranzadi 1998/9225) y STS de 23 de octubre de 2000 (Aranzadi 2000/9963); STS de 24 de junio de 1994 (Aranzadi 1994/5031); STS de 17 de febrero de 1995 (Aranzadi 1995/1186); STS de 31 de marzo de 1994 (Aranzadi 1994/2680); STS de 3 de diciembre de 1993 (Aranzadi 1993/9238); STS de 21 de mayo de 1993 (Aranzadi 1993/4224); STS de 27 de mayo de 1994 (Aranzadi 1994/9345); STS de 25 de mayo de 2004 (Aranzadi 2004, 3796); STS de 25 de mayo de 2004 (Aranzadi 2004/3796); STS de 31 de marzo de 2004 (Aranzadi 2004/2815); SAP de Salamanca de 10 de mayo de 1993 (Aranzadi 1993/3772); SAP de Salamanca de 20 de abril de 1995 (Aranzadi 1995/3898); SAP de Salamanca de 2 de noviembre de 1995 (Aranzadi 1995/8012); SAP de Salamanca de 1 de abril de 1996; SAP de Salamanca de 23 de abril de 1997; SAP de Salamanca de 2 de julio de 1997; SAP de Salamanca de 3 de febrero de 1998; SAP de Salamanca de 18 de mayo de 1999 (Aranzadi 1999/3823); SAP de Salamanca de 19 de octubre de 2000; SAP de Salamanca de 12 de febrero de 2001 (Aranzadi 2001/1237); SAP de Salamanca de 17 de mayo de 2002 (Aranzadi 2002/6387); SAP de Salamanca de 5 de marzo de 2003 (Aranzadi 2003/2814) STS de 4 de diciembre de 2003 (Aranzadi 2004/1781); STS núm. 766/1999, de 18 de mayo (Aranzadi 1999/3823).

Sobre el delito de usurpación de funciones, ver las siguientes sentencias: sentencias de 29 de octubre de 1992 (Aranzadi 1992/8604); STS de 20 de julio de 1993 (Aranzadi 1993/6417); STS de 20 de julio de 1994 (Aranzadi 1994/6621); STS de 13 de febrero y 24 de octubre de 1996 (Aranzadi 1996/7840).

Audiencia Provincial de Baleares. Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente. Delito de desobediencia

SUPUESTO DE HECHO

Una mercantil solicitó licencia municipal de obra para proceder al relleno de tierras en una cantera hasta igualar niveles con los terrenos contiguos. Tras la obtención del permiso, y sin realizar ninguna obra previa de acondicionamiento del fondo y las paredes laterales de la cantera, dicha empresa comenzó en 1993 su actividad de llenado de la misma mediante sucesivos vertidos incontrolados de los residuos procedentes de la gestión de servicios realizados por la propia empresa, consistentes en la limpieza y vaciado de pozos negros y fosas sépticas, vaciado de sentinas de barcos y recogida y eliminación de residuos procedentes de obras de construcción y demolición de edificaciones, realizados directamente sobre el terreno sin ningún tipo de selección previa, llegando a elevar el nivel del terreno relleno en una altura de tres metros sobre el primitivo nivel natural de la parcela. Dicha actividad cesó en 2002, cuando los agentes del Servicio de Protección de la Naturaleza (SEPRONA) de la Guardia Civil procedieron a ejecutar la orden de precinto de los terrenos adoptada por el juez instructor de la correspondiente causa penal.

Por otra parte, los aceites minerales recogidos por la empresa fueron parcialmente almacenados en dos grandes depósitos colocados a tal fin en los terrenos de la mencionada cantera. La empresa en cuestión también tenía autorización de la Dirección General de Residuos de la Conselleria de Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para efectuar la recogida de aceites minerales usados, así como el traslado al correspondiente gestor autorizado. Sin embargo, dicho permiso le fue retirado, abriéndose expediente por parte de dicha Dirección General al no justificar adecuadamente la licenciataria que los aceites minerales retirados eran entregados al gestor autorizado, notificando finalmente la citada Consejería a la entidad que dicha autorización había caducado al año de su otorgamiento, el 15 de febrero de 2002.

Como consecuencia de los vertidos mencionados el Consell Insular de Mallorca incoó un expediente disciplinario contra la mercantil,

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Baleares. Sala de lo Penal. Sección Primera. Jurisdicción penal.
Procedimiento abreviado núm. 14/2004
RESOLUCIÓN: 49/2005
FECHA: 21 de abril de 2005
PONENTE: Ilmo. Sr. Julio Álvarez Merino
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 50, 328, 556 y 634 del Código penal
DOCTRINA: Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente. Delito de desobediencia (FJ 1, 2 y 3)

decretando dicha Administración insular en 1996. El incumplimiento de dicha orden dio lugar al acuerdo plenario de la misma institución en 1998, de ejecución subsidiaria de los anteriores acuerdos por incumplimiento voluntario de los mismos por parte de su destinatario. En todos los casos los responsables de la empresa fueron advertidos de que en caso de inobservancia de las órdenes dictadas se pasaría el tanto de culpa a los tribunales ordinarios.

Por los hechos mencionados, el administrador de la mercantil (P) fue condenado como autor de un delito de desobediencia a la autoridad, con la circunstancia agravante de reincidencia, a las penas diez meses de prisión y suspensión de empleo o cargo público durante el tiempo de la condena; y en concepto de autor de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente a las penas de multa de veinte meses con cuota diaria de 60 euros, con privación de libertad en caso de impago, y arresto de veinte fines de semana; así como al pago de la mitad de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular. Asimismo, A fue condenado en concepto de autor de un delito de desobediencia a la autoridad, a las penas siete meses de prisión y sus-

pensión de empleo o cargo público durante el tiempo de la condena; y en concepto de autor de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente a las penas de multa de veinte meses con cuota diaria de 60 euros, con privación de libertad en caso de impago, y arresto de veinte fines de semana; así como al pago de la mitad de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal analizó la imputación formulada por la comisión de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente. En relación con dicho delito, el Tribunal recordó que:

“tipifica una conducta precisa cual es el establecimiento de vertederos de desechos o residuos de naturaleza tóxica o peligrosa, y cuyo resultado puede perjudicar gravemente el equilibrio del sistema natural o la salud, y tal carácter de toxicidad o peligrosidad no viene determinado por la inclusión en ninguna ley o disposición administrativa o reglamentaria, sino por la propia naturaleza y composición de los residuos que presentan esas características, acreditadas pericialmente”. (FJ 1)

A continuación, el Tribunal señaló que:

“exige dos elementos constitutivos: por una parte, el establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos; y por otra, que dichos depósitos o vertederos establecidos puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas, lo que califica al delito como de peligro concreto.” (FJ 1)

Por otro lado, en cuanto a la modalidad del delito a aplicar, el Tribunal declaró lo siguiente:

“el vigente Código penal, en relación con los depósitos o vertidos, contiene una figura básica de mayor entidad y reproche delictivo en el citado artículo 325, pero paralelamente y de forma alternativa, como una modalidad más levemente penada, se tipifica en el artículo 328 la modalidad específica de depósitos o vertederos de desecho o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos para el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. Y si bien este último precepto devalúa de forma notable la respuesta punitiva ante conductas que incuestionablemente son tan agresivas para el medio ambiente como las que se describen en las figuras básicas, ajustándonos al principio de especialidad y al contenido del hecho probado no hay duda de que entre las dos alternativas típicas debemos inclinarnos por la más favorable para los imputados, contenida en el último de los dos citados preceptos.” (FJ 1)

En cuanto a los hechos, el Tribunal señaló que “existe una abundante prueba de cargo, esencialmente la dimanante de las opiniones de los diversos peritos que han intervenido en la causa”, destacando en el orden documental un informe con proyecto de rehabilitación de la cantera y siguientes los resultados de las analíticas de las muestras extraídas y la exposición de los riesgos que tales resultados comportan para el medio ambiente y para la salud de las personas, un informe del SEPRONA y un informe del Servicio de Valoración Toxicológica y Medio Ambiente del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, en el que se exponían los riesgos que para el suelo, para las aguas subterráneas y para las personas derivan de las concentraciones de metales y agentes bacteriológicos contaminantes hallados en los pozos cercanos a la cantera. En cuanto a los testigos, el Tribunal declaró que:

“las declaraciones de los diversos testigos que han depuesto durante el plenario es igualmente proclive a la culpabilidad de los acusados.” (FJ 2)

Lo anterior llevó al Tribunal a la siguiente conclusión:

“los acusados desplegaron su actividad de vertidos industriales de los materiales antes mencionados a través de la sociedad que habían creado, depositándolos en los citados terrenos de su propiedad y preocupándose de adoptar las medidas previas de impermeabilización de la cantera a fin de que dichos vertidos no se filtrasen al subsuelo y a las aguas subterráneas de aquel paraje, originando la polución de los elementos naturales del mismo, causando daños a los recursos naturales y provocando molestias a los habitantes de viviendas cercanas; y ello con independencia de que efectivamente existan otras actividades

contaminantes, si bien en menor medida, ubicadas en la misma zona geográfica, lo que en cualquier caso no enerva la responsabilidad de los imputados.” (FJ 3)

A continuación, el Tribunal indicó que “Los vertidos efectuados por los acusados lo fueron contraviniendo además las órdenes dictadas por la Administración competente”, señalando que “Esta conducta constituye un delito de desobediencia del artículo 556 del Código penal, pues los acusados, en su calidad de únicos socios y de administradores [...] han inobservado de manera permanente los requerimientos administrativos recibidos en orden a la paralización de la actividad de vertidos” (FJ 3).

En consecuencia, el Tribunal procedió a analizar los elementos del delito de desobediencia, indicando que:

“tres son los requisitos del delito de desobediencia del meritado el artículo 556 del Código penal, según conocida doctrina jurisprudencial: En primer lugar un mandato expreso y terminante emanado de autoridad o agente de la misma dentro de su competencia; en segundo lugar, que la orden o mandato haya sido notificado a la persona que tenga obligación de cumplirlo; y por último, incumplimiento grave y trascendente de la orden recibida”. (FJ 3)

A continuación, en cuanto a la desobediencia, el Tribunal valoró si los hechos debían tipificarse como delito o como falta. Al respecto, el Tribunal indicó que:

“el primer criterio para solventar la distinción entre el delito y la falta de desobediencia a la autoridad o a sus agentes depende de la gravedad de la conducta, tal y como se deduce de la lectura de los propios artículos 556 y 634 del Código penal [...]” (FJ 3)

Dicho esto, el Tribunal advirtió que:

“resolver si una determinada situación es atribuible al delito o a la falta es un problema valorativo que no sólo ha de considerar la actitud más o menos hostil del sujeto activo, el empleo de mayor o menor violencia para perpetrar su conducta desobediente, sino que esencialmente ha de tener en cuenta la mayor o menor intensidad del ataque y consecuente lesión del bien jurídico cuya protección comparten tanto una como otra forma delictiva. Es así porque el delito y la falta de desobediencia se inscriben dentro de una categoría especial de delitos que tienen en común la protección de bienes jurídicos, protección que aparece como necesaria para que el Estado social y democrático de derecho, en el ejercicio de sus funciones de control, pueda garantizar la protección de los demás bienes jurídicos, especialmente los que son básicos para la seguridad de las personas, como la vida, la libertad y la salud.” (FJ 3)

Por tanto, según el Tribunal:

“no se trata de proteger pura y simplemente un valor absoluto y metajurídico como el principio de autoridad, sino un bien jurídico de control que está al servicio de otros bienes jurídicos básicos como los señalados anteriormente.” (FJ 3)

Finalmente, el Tribunal indicó que:

“Al criterio material señalado [...] la jurisprudencia del Tribunal Supremo [...] añade, como indicativas de la gravedad, la trascendencia del incumplimiento, su persistencia, la actitud o modo de proceder del acusado y, en general, las circunstancias y accidentes del lugar, modo, tiempo o intencionalidad del agente.” (FJ 3)

En virtud de lo indicado, el Tribunal consideró que:

“en este caso concreto el bien jurídico que se pretendía bardo es doble, pues recae sobre la protección de los recursos naturales y sobre la salud de las personas que residen en las inmediaciones del DIRECCION002, la importancia de los cuales determina que deba optarse *ad limine* por la figura punitiva del delito.” (FJ 3)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal condenó a P y A como culpables de los delitos que se les imputaban, en los términos que se indican en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el delito de desobediencia, ver las siguientes sentencias: STS de 5 de julio de 1989 (Aranzadi 1989/6089); STS de 17 de febrero de 1992 (Aranzadi 1992/1191); STS de 18 de enero de 1988 (Aranzadi 1988/298).

Audiencia Provincial de Orense. Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos. Falsedad de documento

SUPUESTO DE HECHO

El alcalde del Ayuntamiento de Montederramo (R) abonó a su esposa diversas cantidades en concepto de comidas concertadas por el Concello. Por su parte, éste contrató a un concejal para formar parte de las brigadas antiincendios del ayuntamiento, y a su esposa para que estuviera al frente de la emisora municipal, y asimismo puso a disposición el vehículo todo terreno de su propiedad, circunstancia que determinó que se le realizaran unos pagos por la cantidad de 1.031.460 ptas. También y como parte de las operaciones antiincendios el propio Alcalde contrató a su esposa para que estuviera al frente de la emisora municipal.

En 1993 y a instancias del Ayuntamiento, P, arquitecto técnico, elaboró una memoria valorada sobre actuaciones a llevar a cabo en el margen de un río que pasaba por la localidad. El importe de dicha obra ascendía, según la memoria correspondiente, a la suma de 6.315.323 ptas. Sin embargo, la única actuación que se llevó a cabo fue la desarrollada por parte del contratista de obras P. A pesar de ello, el alcalde, a sabiendas de que no se había realizado ninguna obra derivada de la memoria mencionada, elaboró una certificación de obra en relación con la anterior memoria, atribuyendo su contenido al propio Sr. P mediante la confección de una firma que no se correspondía con la de su autor. Dicha certificación señalaba que se había realizado la totalidad de las obras recogidas en la memoria, teniendo un coste de 7.926.213 ptas., mientras que exclusivamente se realizaron obras por valor de 1.614.324 ptas.

Por los hechos expuestos la Audiencia Provincial de Orense condenó a R como autor responsable de un delito de falsedad documental, y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de las responsabilidades criminal, a la pena de dos años de prisión, multa de cuatro meses a razón de 12 euros día y a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por el plazo de un año y seis meses; imponiéndole, asimismo, el pago de 1/16 de las costas del proceso, y absolviéndole del resto de las pretensiones punitivas contra él dirigidas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó en primer lugar si los hechos cometidos eran constitutivos de un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos (artículo 439 del CP). En relación con dicho delito, el Tribunal lo comparó con su regulación en el Código penal anterior, señalando lo siguiente:

“El delito contemplado en el artículo 401 del Código penal de 1973 se encontraba enmarcado dentro de los fraudes y exacciones ilegales mientras que el actual artículo 439 se encuentra dentro del capítulo dedicado a las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos; el artículo 401 del anterior Código penal integraba un delito de resultado y su objeto no era sino el beneficio económico obtenido sobre el que se imponía la pena, por el contrario el artículo 439 actual ofrece una conducta típica de mera actividad; [...] en el vigente artículo 439, la acción se refiere a la autoridad o funcionario público [...] que debiendo informar por razón de su cargo [...] se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitar [...], pudiendo observarse que se ha producido una reducción del tipo operada en el vigente Código, pues si en el artículo 401, la expresión ‘se interesase’ supone una expresión más amplia y genérica de la idea de instrumentalización del cargo como medio para obtener la participación, siendo más difusa la idea de obtención de beneficio o ventaja.” (FJ 1)

En cuanto a los elementos integrantes del tipo previsto por el artículo 439 del CP, el Tribunal indicó que “partiendo del origen común de tratarse el sujeto activo de autoridad o funcionario”, éstos eran los siguientes:

“a) Que dicha autoridad o funcionario deba informar en cualquier clase de asuntos por razón de su cargo, debiéndose notar que el término «informar» es más preciso y concreto que el de ‘interesarse’; b) Que

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Orense. Sala de lo Penal. Sección Segunda. Jurisdicción penal.

Procedimiento abreviado núm. 9/2004

RESOLUCIÓN: 2/2005

FECHA: 28 de febrero de 2004

PONENTE: Ilmo. Sr. Fernando Alañón Olmedo

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 390.1.2 y 439 del Código penal

DOCTRINA: Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos. Falsedad de documento (FJ 1 y 2)

con una clara puesta a disposición de sus intereses particulares de las ventajas que le concede su condición pública, aproveche tal circunstancia para “[...] forzar o facilitar cualquier forma de participación [...]”, lo que pone de manifiesto una clara instrumentalización del cargo público, de suerte que debe existir un claro prevalimiento de su condición pública para en asunto público en el que deba informar, obtenga un interés particular.” (FJ 1)

Centrándose en el caso enjuiciado, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“los acusados en modo alguno tenían la función de informar como técnicos para la contratación que habría de llevarse a cabo, [...] antes al contrario, el propio alcalde era quien de forma directa llevaba a cabo la contratación de suerte que no concurren en el mismo, ni en los restantes miembros del consistorio imputados los requisitos exigidos por la figura del delito y si bien, [...], puede resultar extraño que se sancionen por este delito a quienes han de informar y no quienes han de resolver, conforme a la dicción de la Ley y el principio de legalidad, es imposible aplicar el tipo penal a conductas análogas, incluso aunque pudiera estimarse como más merecedores de dicha condena, lo que determina la procedencia del pronunciamiento absolutorio por este tipo.” (FJ 1)

Sin embargo, el Tribunal consideró que los hechos eran constitutivos de un delito de falsedad en documento (artículo 390.1 y 2 del Código penal), al concurrir los requisitos que dicha figura exige:

“a) un elemento objetivo o material, cual es la mutación o alteración de la verdad ideológica o material por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el artículo 390 del CP; b) que la *mutatio veritatis* recaiga sobre extremos esenciales del documento, con especial antijuridicidad material y entidad suficiente para incidir negativamente sobre el tráfico jurídico con virtualidad para trastocar los efectos normales de las relaciones jurídicas, de tal modo que, contrariamente, cuando la inveracidad afecta tan sólo a aspectos inocuos o intrascendentes, la irregular conducta queda fuera de la esfera de la Ley penal; c) el elemento del dolo falsario, entendiéndose por tal la conciencia y la voluntad de cambiar la realidad, convirtiendo en aparentemente veraz lo que no lo es, como elemento subjetivo del injusto que hace patente la maliciosa intención de lograr una ilegal finalidad, y d) en el caso del artículo 390 la condición de funcionario público del agente.” (FJ 2)

Al respecto, el Tribunal analizó en primer lugar qué debía entenderse por “documento”, indicando que, según el Tribunal Supremo, “documento a efectos penales es el resultado de combinar un soporte material y datos, hechos o narraciones con las siguientes características, que ha de estar plasmado en un soporte indeleble, que tenga procedencia humana, que el contenido sea comprensible de acuerdo a los usos sociales, es decir, significativa en sí misma, que entre en el tráfico jurídico y por último que sea original, es decir, que no sea copia o fotocopia”. (FJ 2)

Dicho esto, el Tribunal añadió que el documento en cuestión “Ha de atribuirse a la certificación la condición de documento oficial en cuanto forma parte de un expediente de obras”.

A continuación, el Tribunal señaló que “Esta situación, a juicio de la Sala, no entraña la existencia de un delito del artículo 390.4, como sostiene la acusación particular pues tal posibilidad supone la existencia de un documento legítimo y así es menester indicar que cabe distinguir dos tipos de falsedades, la material, que consiste en la alteración o creación, total o parcial, de un documento, atentándose a la genuidad o legitimidad de ese documento, y la ideológica que consiste en la aseveración de lo que no es verídico, aunque el documento sea legítimo, lo que supone, en este caso, la procedencia de excluir cualquier tipo de falsedad ideológica pues no estamos sino ante la creación de un documento ex novo con un contenido absolutamente mendaz”, y que “la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerado como integrante de la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2 del Código penal de 1995, de tal modo que cabe excluir la posibilidad de apreciar la modalidad de la falsedad del artículo 390.4 tal y como solicitó la acusación particular” (FJ 2).

Por otra parte, el Tribunal advirtió que “Tampoco es susceptible de ser considerada la acción típica como falsedad de un certificado por cuanto, [...], el delito de libramiento de certificación falsa que se describe y castiga en el artículo 398 del Código penal, si bien tiene una amplitud mucho mayor, al no especificarse qué certificación cuya falsedad es la prevista, que el que se describía en el artículo 312 del Código penal de 1973, que castigaba la certificación falsa de ‘méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas’, hay que entender que se sanciona toda certificación falsa que libre una autoridad o funcionario público, pero evidentemente en asunto propio de la actuación del funcionario o autoridad y entendido como instrumento documental para la constancia, por quien lo libra, de la realidad de su propio contenido, de suerte que no le alcanzará la aplicación del principio de especialidad que parecen pretender las defensas, al tratarse la certificación de la obra de asunto completamente ajeno al ejercicio de la actividad administrativa de los acusados” (FJ 2).

Centrándose en el caso enjuiciado, el Tribunal advirtió que “se ha producido una alteración material del contenido de un documento, no de un certificado, mediante su absoluta simulación y alteración de la verdad material existente”, y que “la alteración y simulación documental tiene una especial trascendencia en el ámbito de la actividad administrativa, pues el documento al que se contrae la causa fue hábil para la obtención de la correspondiente subvención [...]” (FJ 2).

Por lo expuesto, el Tribunal condenó a R como autor responsable de un delito de falsedad documental, en los términos indicados en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, ver las siguientes sentencias: STS de 26 de diciembre de 1996 (Aranzadi 1996/9784); STS de 28 de diciembre de 1999 (Aranzadi 1999/9703); STS de 16 de mayo de 2001 (Aranzadi 2001/5512); STS de 22 de octubre de 2001 (Aranzadi 2001/9382); STS de 13 de noviembre de 2002 (Aranzadi 2002/10085); STS de 17 de octubre de 2000 (Aranzadi 2000/8782); STS de 27 de noviembre de 2000 (Aranzadi 2000/9749); STS de 5 de febrero de 2001 (Aranzadi 2001/270) y STS de 22 de octubre de 2001.

Sobre el delito de falsedad, ver las siguientes sentencias: STS de 27 de enero de 1993 (Aranzadi 1993/195); STS de 6 de octubre de 1993 (Aranzadi 1993/7289); STS de 15 de enero de 1994 (Aranzadi 1994/15); STS de 4 de julio de 1994; STS de 8 de noviembre de 1995; STS de 3 de abril de 1996 (Aranzadi 1996/2871); STS de 8 de junio de 1998 (Aranzadi 1998/5155); STS de 5 de julio de 2004 (Aranzadi 2004/4446); STS de 11 de marzo de 2004 (Aranzadi 2004/2806); STS de 11 de julio de 2002 (Aranzadi 2002/7651); STS de 19 de abril de 2001 (Aranzadi 2001, 2991).

Sobre el concepto penal de documento: STS de 28 de mayo de 2001 (Aranzadi 2001/7055).

5 PRESENTACIÓN

7 ESTUDIOS

7 Organización instrumental de las corporaciones locales

José Suay Rincón

16 La autonomía local en la reciente jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo

Juan José González Rivas

33 La vivienda protegida en Euskadi: ¿un modelo a contracorriente?

Javier Burón Cuadrado

48 Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales (crónica de la Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/03, Parking Bríxen GmbH)

Esteban Arimany Larrogia

65 La creación de municipios en Portugal: las razones de un reciente veto del presidente de la República. La importancia de la dimensión de los municipios para la consecución de una autonomía efectiva y para la adecuada prestación de los servicios públicos locales

António Cândido de Oliveira

72 Las entidades locales en la legislación turística

Pedro Luís Martínez Pallarés

87 La Administración como empresario. Dos aspectos: la responsabilidad laboral de la Administración en la contratación de obras y servicios y la contratación laboral de trabajadores extranjeros

Jacobo Quintans García

108 Las recientes reformas de la legislación local y su aplicación a las estructuras administrativas y de funcionamiento de las grandes ciudades: la gestión del cambio organizativo en el Ayuntamiento de Madrid

Cayetano Prieto Romero

120 Las cuotas de urbanización: elementos subjetivos y objetivos. Especial referencia al Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña

Margarita Cuscó Turell

131 La reacción frente a las vías de hecho

Margarita López-Nieto y Trayols

138 CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

139 A) Jurisdicción constitucional

152 B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

159 C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

164 D) Jurisdicción contencioso-administrativa

183 E) Jurisdicción civil

186 F) Jurisdicción penal

Domènec Sibina Tomás

Eva Arnal Arasa