Fundación Democracia y Gobierno Local

Cuadernos de Derecho Local

número 12

Octubre de 2006

QDL

Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Cuadernos de Derecho Local

Fundación
Democracia
y Gobierno Local

CONSEJO CIENTÍFICO

Manuel Aragón Reyes
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
Javier Barnés Vázquez
Miguel Beltrán de Felipe
Eduardo Calvo Rojas
Teresa Carballeira Rivera
José Luis Carro-Fernández Valmayor
Carmen Chinchilla Marín
Diego Córdoba Castroverde
Javier Delgado Barrio
Alfonso Fernández-Miranda Campoamor
Rafael Fernández Montalvo
Tomàs Font Llovet
Eduardo García de Enterría
Pablo García Manzano
Rafael Gómez Ferrer
Jesús Leguina Villa
Joan Mauri Majós
Josep Mir Bagó
María Jesús Montoro Chiner
Alejandro Nieto García
Luis Ortega Álvarez
Luciano Parejo Alfonso
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Francisco Rubio Llorente
Joaquín Tornos Mas
Francisco Velasco Caballero
Juan Antonio Xiol Ríos

DIRECTORES

Manuel Medina Guerrero
Domènec Sibina Tomàs

SECRETARIOS DE REDACCIÓN

José María Esquerda Roset
Ferran Torres Cobas

EDICIÓN

© Fundación Privada Democracia y Gobierno Local

PRODUCCIÓN Y ASESORAMIENTO LINGÜÍSTICO

Francesc Gil Lluch ☎ 932 095 705

PREIMPRESIÓN Y MAQUETACIÓN

Sisdigraf, S.L. ☎ 933 052 450

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

SUMARIO

PRESENTACIÓN 5

ESTUDIOS 7

Manuel Rebollo Puig
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba

Enriquecimiento injusto y *nemo auditur* en el Derecho administrativo 7

Marc Carrillo
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra

La administración local en la reforma de los estatutos de autonomía: especial referencia al caso del Estatuto de autonomía de Cataluña 38

José María Gimeno Feliu
Profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza

Los sujetos contratantes: alcance del concepto "poder adjudicador" 50

Pilar Galindo Morell
Magistrada

Responsabilidad patrimonial de la Administración. Incendios 79

Eduard Paricio Rallo
Magistrado

Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños sufridos en la vía pública 90

Joaquín José Ortiz Blasco
Magistrado

El régimen local en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 100

Juan B. Lorenzo de Membiela
Doctor en Derecho. Letrado de la Administración de la Seguridad Social

Potestad disciplinaria y Administración pública 124

Emiliano Sanz Rubio
Interventor-tesorero de Administración Local

La institución del Patrimonio Municipal del Suelo (PMS) como fuente de financiación del presupuesto municipal: un análisis jurídico y financiero a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006 (Presupuesto General del Ayuntamiento de Valladolid de 2003) 135

Domènec Sibina Tomàs
Eva Arnal Arasa
Abogada

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA 143
A) Jurisdicción constitucional 144
B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos 159
C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 160
D) Jurisdicción contencioso-administrativa 167
E) Jurisdicción civil 194
F) Jurisdicción penal 200

PRESENTACIÓN

QDL

Iniciamos los estudios de este número 12 del QDL con el trabajo de Manuel Rebollo Puig, catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Córdoba, que publica "Enriquecimiento injusto y *nemo auditur* en el Derecho administrativo". En este artículo examina la forma en que el enriquecimiento injusto se ha integrado y se aplica en el Derecho administrativo. Ya advierte de inicio que lo afronta desde la perspectiva tradicional, el enriquecimiento injusto de la Administración a costa del empobrecimiento de los particulares y, consecuentemente, la obligación restitutoria de la Administración, y también considerando la posibilidad contraria, esto es, la del enriquecimiento de los particulares a costa de la empobrecida Administración. Enmarca la institución y realiza un examen pormenorizado de la extensión de la obligación restitutoria, de los requisitos, funciones y modalidades de la acción de enriquecimiento injusto en Derecho administrativo y finaliza con la traslación al Derecho administrativo de la regla del Derecho civil *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. En relación con este extremo es de especial interés su crítica a la posición de la jurisprudencia contencioso-administrativa que reiteradamente reconoce y proclama, con unas u otras fórmulas, pero con pequeñas variantes, que la Administración no puede alegar las ilegalidades debidas al propio comportamiento para obtener una anulación que le beneficia.

Marc Carrillo, catedrático de Derecho constitucional de la Universidad Pompeu Fabra, publica "La administración local en la reforma de los estatutos de autonomía: especial referencia al caso del Estatuto de autonomía de Cataluña". En el estudio aborda en primer lugar la relación entre ley básica estatal y ley autonómica de desarrollo, en lo que concierne a la determinación de las competencias autonómicas en materia de administración local. Seguidamente analiza de qué modo la Administración local se incorpora en los textos de las reformas estatutarias, y finaliza con una cuestión concreta: la veguería y la provincia en la propuesta de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña.

José María Gimeno Feliu, profesor titular de Derecho administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, publica "Los sujetos contratantes: alcance del concepto poder adjudicador". En la introducción del trabajo destaca la importancia y significado del Derecho comunitario de contratación pública y las consecuencias del vencimiento del plazo de transposición de la Directiva 18/2004. El objeto central consiste en determinar el alcance del concepto "poder adjudicador", y al analizar los distintos criterios interpretativos, presta especial atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (las sentencias del TJCE que condenan al Reino de España de 15 de mayo y de 16 de octubre de 2003 y de 13 de enero de 2005). De todo ello derivan importantes consecuencias prácticas al dar respuesta de hasta dónde penetra el concepto de poder adjudicador y si alcanza a la denominada "Administración corporativa".

Siguen tres trabajos realizados por miembros de la magistratura. Los dos primeros abordan la responsabilidad patrimonial desde perspectivas originales y de interés para la actuación de las administraciones públicas.

La magistrada Pilar Galindo Morell aborda la responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de incendios, y, una vez enmarcada la institución, procede al examen de la legislación específica (en especial la legislación de montes) y al comentario de las sentencias recientes más representativas que se han dictado en la materia.

El magistrado Eduard Paricio Rallo publica el trabajo "Responsabilidad patrimonial por daños sufridos en la vía pública". Esta cuestión es de enorme actualidad y recurrente en un parte significativa de los municipios. Como señala el autor, el crecimiento de reclamaciones ha sido exponencial en los últimos años, y paralelamente han crecido las indemnizaciones reconocidas por los tribunales. La resoluciones judiciales que examina acreditan que se está reconociendo la responsabilidad municipal respecto a una gran variedad de daños, desde el accidente derivado de un desperfecto ocasionado por el uso de la vía pública, hasta al provocado por las características inherentes a la señalización o al mobiliario; desde los daños provocados por un problema de mantenimiento, hasta los daños ocasionados por terceras personas, aun por la

negligencia del afectado. El resultado, en opinión de Eduard Paricio, es una responsabilidad que considerada en su conjunto desborda claramente el límite de lo razonable.

En el tercer trabajo, el magistrado Jose Ortiz Blasco sintetiza el régimen local en la jurisprudencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El número finaliza con los estudios de Emiliano Sanz Rubio, interventor-tesorero de Administración Local, que tiene por título "La institución del patrimonio municipal del suelo (PMS) como fuente de financiación del presupuesto municipal: un análisis jurídico y financiero a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio 2006 (presupuesto general del Ayuntamiento de Valladolid 2003)" y de Juan B. Lorenzo de Membiela titulado "Potestad disciplinaria y Administración pública".

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

ESTUDIOS

QDL

Enriquecimiento injusto y *nemo auditur* en el Derecho administrativo*

Manuel Rebollo Puig
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba

1. El enriquecimiento injusto como principio general que se aplica con singularidades en el Derecho administrativo.
2. Enriquecimiento de la Administración y enriquecimiento a costa de la Administración.
3. El enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones de las administraciones públicas.
4. Requisitos.
5. Extensión de la obligación restitutoria.
6. Prescripción.
7. Funciones y modalidades de la acción de enriquecimiento injusto en Derecho administrativo.
7.1. *Condictio* por intromisión. 7.2. *Condictio* por inversión. 7.3. *Condictio* por prestación.
8. La regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en el Derecho civil y su traslación al Derecho administrativo.
8.1. Hay demasiadas torpezas. 8.2. El *nemo auditur* en los artículos 1305 y 1306 del Código civil: exclusión de la restitución de lo entregado con causa torpe. 8.3. ¿Recepción del genuino *nemo auditur* en el Derecho administrativo?
9. El *nemo auditur* en la jurisprudencia contencioso-administrativa: nadie puede alegar su propia torpeza para obtener provecho y, en especial, para conseguir una declaración de nulidad que le beneficia.
9.1. Otro *nemo auditur* cuya relación con la torpeza es muy diferente. 9.2. Aplicación de este *nemo auditur* contra el administrado. 9.3. Supuestos de aplicación de este otro *nemo auditur* contra la Administración. 9.3.1. *Nemo auditur* y notificaciones erróneas. Primeras y sorprendentes aplicaciones del artículo 110.3 de la LRJPAC en contra de la Administración. 9.3.2. El *nemo auditur* ante la falta de notificación de los actos favorables. 9.3.3. *Nemo auditur* y silencio administrativo. 9.3.4. El *nemo auditur* ante los defectos de forma y de competencia: en especial, la Administración no puede alegar los vicios invalidantes –ni siquiera los de nulidad de pleno derecho– que ella misma originó.
10. Crítica de la jurisprudencia contencioso-administrativa del *nemo auditur*: no es cierto que no quepa alegar los vicios debidos a la propia conducta; en especial, puede hacerlo la Administración y es lo característico de la nulidad de pleno derecho.
10.1. La doctrina sólo ha aceptado este peculiar *nemo auditur* como limitación para el administrado y respecto a vicios de anulabilidad. 10.2. Este *nemo auditur* no tiene fundamento positivo y, por el contrario, choca con los caracteres de la nulidad de pleno derecho y con el régimen de revisión de oficio. 10.2.1. Los supuestos apoyos deducidos del Código civil: en particular, el artículo 1302 sólo se refiere a casos de anulabilidad, no de nulidad de pleno derecho, nulidad ante la que ni siquiera se considera aplicable la doctrina de los actos propios. 10.2.2. El artículo 110.3 de la LRJPAC tampoco justifica una regla con la amplitud del *nemo auditur* aplicado por los tribunales. 10.2.3. El régimen de revisión de oficio choca con este *nemo auditur*.
11. Soluciones similares a las que se llega con el *nemo auditur* pueden y deben lograrse por otras vías: en especial, la equidad como instrumento para moderar los excesos de la nulidad de pleno derecho.

* El texto que se publica se corresponde con la ponencia que presentó en la sesión de junio de 2006 en el Seminario de Derecho Local que organiza la Federación de Municipios de Cataluña con la colaboración de la Escuela de Administración Pública de Cataluña, el Ayuntamiento y la Diputación de Barcelona y el Área Metropolitana-Mancomunidad de Municipios de Barcelona.

1. El enriquecimiento injusto como principio general que se aplica con singularidades en el Derecho administrativo

Tres excelentes sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2002 (Aranzadi 6495, 6496 y 6497) sintetizan así lo que aquí puede aceptarse como punto de partida:

"La jurisprudencia del orden contencioso-administrativo, al menos desde los años sesenta, viene [...] admitiendo la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto a determinados supuestos en el ámbito específico del Derecho administrativo.

"El análisis de la referida jurisprudencia de esta sala [...] denota una consideración del enriquecimiento injusto como *principio general* o como supraconcepto, que le otorga una cierta identidad y unidad, aunque ello no supone que no se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la Administración respecto a su actuación sujeta al Derecho administrativo."

Retengamos por ahora estas dos ideas:

La primera, que la prohibición de enriquecimiento injusto es un principio general del Derecho que rige también en el Derecho administrativo. Más importante que este reconocimiento expreso de las sentencias citadas, que también aparece en algunas otras contencioso-administrativas, es el hecho de que, en efecto, de otras muchísimas se deduce que la jurisprudencia lo aplica efectivamente como tal principio general. Incluso en algún supuesto, como es propio de un auténtico principio general de Derecho, se ha aceptado su virtualidad como límite a la potestad reglamentaria.[1]

La segunda idea que refleja al párrafo trascrito es que el principio general, aun siendo siempre el mismo, presenta cierta singularidad en el Derecho administrativo.[2] Así lo admite la autonomía del Derecho administrativo y así lo ha exigido su adaptación a las necesidades de la vida administrativa.

Ni la recepción por el Derecho administrativo del principio de enriquecimiento injusto ni sus singularidades en este ámbito son exclusivas del Derecho español. Lo mismo ha ocurrido en otros, singularmente el francés y el italiano, que también han trasladado esta figura del Derecho civil al Derecho administrativo. Pero en todos los casos la recepción del enriquecimiento injusto en el Derecho administrativo se ha hecho tras superar muchas reticencias y objeciones que, si no fueron bastantes para impedir su penetración, sí lograron que ésta se produjera con matizaciones y adaptaciones. Por ello puede decirse, tanto en esos ordenamientos como en el nuestro, que el enriquecimiento injusto se aplica a las relaciones jurídico-administrativas como una regla de Derecho administrativo, no como una regla de Derecho civil que, por la supuesta supletoriedad de éste, resolviera ciertos conflictos administrativos en caso de falta de una regulación específica. Importa rechazar esto último. Si el enriquecimiento injusto se aplicara por la supletoriedad del Derecho civil surgirían dos grandes inconvenientes: por un lado, habría que aplicarlo en las mismas condiciones y con los mismos requisitos que tiene en Derecho civil, impidiendo su adaptación a las peculiaridades del régimen administrativo; por otro lado, como en el Código civil no está regulado el enriquecimiento injusto, habría que aplicar primero las soluciones específicas del Código (que muchas veces no son idénticas a las que comporta la pura y directa aplicación del principio del enriquecimiento injusto) y, sólo a falta de éstas, el principio del enriquecimiento injusto. Pero no es así y la jurisprudencia lo demuestra: adapta las reglas del enriquecimiento injusto a las exigencias del régimen administrativo y, sobre todo, lo aplica para resolver conflictos eludiendo la aplicación del Código civil. Ocurre así, incluso, que el enriquecimiento injusto o sin causa acaba teniendo más campo de aplicación y cumpliendo más funciones en el Derecho administrativo que en el Civil por la razón de que aquél no regula situaciones para las que éste sí tiene reglas específicas.

Con todo, las líneas esenciales son las mismas que perfilan en general esta figura en el Derecho civil. Allí se la considera una fuente de obligaciones diferente de las demás y, en especial, de la responsabilidad por daños (delictual o cuasidelictual) y de los contratos y, si acaso, se la conecta con la confusa y discutida categoría de los cuasicontratos, aunque diferenciándola de la gestión de negocios ajenos y del pago de lo indebido. A esta fuente de las obligaciones se la conecta con las *condictiones* o con la *actio in rem verso* que expresan la forma normal de hacer valer la obligación de restitución del enriquecimiento injusto por quien ha sufrido el empobrecimiento. Los requisitos para su ejercicio se sintetizan de ordinario en estos: enriquecimiento, empobrecimiento, relación entre uno y otro de manera que sean correlativos, y falta de justificación o de causa. La extensión de la restitución debida tiene el doble límite del enriquecimiento del deudor y del empobrecimiento del acreedor de manera que sólo alcanzará hasta la más baja de estas dos magnitudes.

1. *Vid.* M. REBOLLO PUIG, *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 92. Posteriormente alguna sentencia ha tenido oportunidad de aplicar el principio como límite a la potestad reglamentaria, pero no ha llegado a reflejarlo expresamente.

2. Oportunamente, estas sentencias hablan de "supraconcepto" inspiradas, parece, por lo que ya señaló L. CONSCULLUELA MONTANER, "Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho administrativo", RAP, 84 (1977), p. 189: "El enriquecimiento injusto, como institución propia de la teoría general del Derecho, es única, constituye, siguiendo la conocida calificación alemana, un supraconcepto."

En Derecho administrativo pueden y deben aceptarse estas mismas ideas que, no obstante, en algún caso presentan singularidades y adaptaciones.

El enriquecimiento injusto o sin causa debe configurarse como fuente de ciertas obligaciones que se exigen mediante las *condictiones* o la *actio de in rem verso*. A esta idea se ajustan gran parte de las aplicaciones que encuentra en la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero hay que reconocer que no siempre es así. En ocasiones, y no del todo infrecuentes, los tribunales hablan de la prohibición de enriquecimiento injusto de la Administración no para hacer surgir una específica obligación restitutoria que se haría valer con las *condictiones* o con la *actio in rem verso*, sino para justificar las más diversas técnicas o interpretaciones de normas y contratos, para dar fundamento a otras obligaciones que no son realmente obligaciones de restitución del enriquecimiento injusto, o para teñir de justicia o de equidad obligaciones patrimoniales con otras fuentes.[3] Sobre todo, es muy frecuente que se invoque el principio del enriquecimiento injusto para explicar la exigencia de mantenimiento del equilibrio económico de los contratos. En general, estas invocaciones del principio de enriquecimiento injusto son superfluas y más bien inducen a confusión y a desdibujar esta noción.[4]

2. Enriquecimiento de la Administración y enriquecimiento a costa de la Administración

Antes de poner de relieve la forma en que el enriquecimiento injusto se ha integrado y se aplica en el Derecho administrativo, hay que hacer una distinción capital. Lo que se plantea con frecuencia ante la jurisdicción contencioso-administrativa y lo que fundamentalmente se ha estudiado por la doctrina de Derecho administrativo es el enriquecimiento injusto de la Administración a costa del empobrecimiento de los particulares y, consecuentemente, la obligación restitutoria de la Administración. Poco, sin embargo, se ha considerado la posibilidad contraria, esto es, la del enriquecimiento de los particulares a costa de la empobrecida Administración. Se debe ello a que el enriquecimiento de la Administración plantea como regla general, aunque no siempre, un problema de Derecho administrativo,[5] mientras que, al contrario, cuando es la Administración empobrecida la que reclama a un particular la restitución de un enriquecimiento se ha considerado frecuentemente que se trata de una cuestión de Derecho privado y de la competencia de los tribunales civiles.[6] Pero no siempre es así. No es excepcional que surja una cuestión de Derecho administrativo y que corresponda a la jurisdicción contencioso-administrativa resolverla.[7] Sucede así, al menos, cuando el enriquecimiento injusto del particular deriva de un acto administrativo viciado, de modo que la restitución del enriquecimiento requerirá la anulación de tal acto.[8] También cuando la Administración tenga potestad para exigir mediante un acto administrativo la restitución del enriquecimiento injusto obtenido a su costa. Entonces la Administración, en vez de demandar ante los tribunales civiles la restitución del enriquecimiento mediante el ejercicio en esa jurisdicción de la *actio de in rem verso*, deberá seguir un procedimiento administrativo que terminará con una decisión ejecutiva y ejecutoria que, en su caso, habrá de ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero lo verdaderamente importante y problemático es saber cuándo la Administración puede proceder así, es decir, cuándo puede dictar un acto administrativo declarando ejecutiva y ejecutoriamente la restitución del enriquecimiento obtenido injustamente a su costa y cuándo, por el contrario, tiene que exigir tal restitución interponiendo la correspondiente demanda contra el enriquecido ante la jurisdicción civil. Y a este respecto no cabe formular una regla absoluta. Depende de lo que en cada caso pueda deducirse del ordenamiento y, en defecto de toda norma, de la naturaleza de la relación que esté en el origen del enriquecimiento producido.[9]

3. M. REBOLLO PUIG, *El enriquecimiento...*, p. 117 y ss.

4. *Ibídem*, p. 153 a 157.

5. *Ibídem*, p. 108 a 115.

6. La doctrina ha afirmado que si el enriquecido es un particular el asunto es siempre civil y la competencia es de los jueces de este orden jurisdiccional. *Vid.* F. MODERNE, *Les engagements quasi-contractuels...*, p. 3050-16, núm. 47, y L. CONSCULLUELA MONTANER, "Consideraciones...", p. 192. Así lo reflejan algunas sentencias; destacadamente, la STS de 26 de febrero de 1959 (Aranzadi 1804) que consideró cuestión civil –y remitió a los tribunales de ese orden– la reclamación de la Administración frente a un particular por el enriquecimiento obtenido por el disfrute sin título de bienes públicos.

7. Las sentencias contencioso-administrativas ofrecen ejemplos: la STS de 5 de febrero de 1991 (Aranzadi 1580) resuelve un posible enriquecimiento injusto de un funcionario por haber cobrado más de lo correspondiente mientras estuvo suspendido un acto administrativo que después se confirmó; en las STS de 4 de abril de 1987 (Aranzadi 4186), de 16 de abril de 1984 (Aranzadi 2002), de 18 de junio de 1986 (Aranzadi 4735) y de 14 de noviembre de 1963 (Aranzadi 4458) se aplica el principio del enriquecimiento injusto para evitar el del contratista a costa de la Administración al haberse abaratado las obras por una modificación irregular; en la STS de 28 de noviembre de 1991 (Aranzadi 9189) se impugna un acto administrativo por el que se reclamaba a un ex concejal una cantidad basándose en un supuesto enriquecimiento injusto; en la de 9 de octubre de 1985 (Aranzadi 4517) se aplica el mismo principio para que, al dar efectos retroactivos al nombramiento de un funcionario, no se produzca su enriquecimiento por cobrar para el mismo tiempo el subsidio de desempleo; de manera similar, la de 12 de julio de 1983 (Aranzadi 4041) se sirve del mismo principio para que los funcionarios no cobraran de la Administración dos veces por idéntica prestación.

8. Buen ejemplo de ello lo ofrece la STS de 12 de julio de 1983 (Aranzadi 4041), en la que se conoce del recurso de lesividad interpuesto por un ayuntamiento contra su previo acuerdo de pagar honorarios a unos funcionarios municipales por trabajos que realizaban en su horario normal, recurso que se estimó "porque la percepción de honorarios implica un enriquecimiento injusto de los demandados". Aquí el enriquecimiento injusto a costa de la Administración suscita una cuestión de Derecho administrativo propio de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

9. Las tres STS de 15 de abril de 2002 (Aranzadi 6495, 6496 y 6497), con cuya cita comenzamos este artículo, aceptan sin una argumentación clara que la Administración puede dictar un acto administrativo para exigir la restitución del enriquecimiento injusto que en el caso se había obtenido por disfrutar durante cierto tiempo de una subvención sin cumplir la obligación que asumía el subvencionado. Lo que la Administración exigió eran los intereses por

3. El enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones de las administraciones públicas

La STS de 6 de abril de 1987 (Aranzadi 4234) dice: "el principio eterno del Derecho de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro rige también para las corporaciones locales." Seguramente no hay para tanto: ni es eterno, ni se trata realmente del enriquecimiento *torticero*, sino del enriquecimiento injusto o sin causa. Pero sirva esta declaración enfática para afirmar que, como no podía ser de otra forma, la prohibición de enriquecimiento injusto rige para las administraciones locales igual que para cualquier otra administración pública. Más aún, buena parte de las sentencias contencioso-administrativas que aplican este principio se refieren a administraciones locales.

Como hemos dicho, debe hablarse sólo de enriquecimiento injusto como fuente de un tipo concreto de obligación de la Administración. Se trata de una obligación de restitución del valor de la ventaja ingresada en virtud de una obligación patrimonial sin causa que, pese a su anomalía, se consiente o consolida. Presupone la ruptura de un equilibrio patrimonial de manera que la acción personal frente a la Administración enriquecida no persigue deshacer la atribución patrimonial operada, sino la restitución del valor.

Se invocaron en otros momentos las reglas de la Hacienda pública –en particular, la de previsión y autorización de todos los gastos públicos, en virtud de la cual ningún compromiso válido puede haber si no es imputable a un crédito votado y sólo proceden los pagos en virtud de previa aprobación– para negar que pudiera admitirse una obligación administrativa basada en el enriquecimiento injusto. Estas objeciones ya fueron superadas. Hauriou las combatió, aunque refiriéndose a la gestión de negocios ajenos que, igualmente, había sido rechazada con los mismos argumentos: "Las dudas provienen en parte de una confusión entre las deudas administrativas y los gastos públicos; es claro que el compromiso que resulta de la gestión de negocios, produciéndose fuera de las reglas de la contabilidad, no podría presentarse de plano como un gasto público, pero es fuente de deuda, pues las deudas pueden nacer perfectamente fuera de presupuesto y, a continuación, transformarse en gastos." La misma idea late en la STS de 19 de noviembre de 1986 (Aranzadi 909 de 1987), en la que condenó a la Administración por enriquecimiento injusto (aunque mezclando invocaciones de la gestión de negocios ajenos). Lo reconoció así:

"los presupuestos no pueden convertirse en obstáculo infranqueable para el cumplimiento de las obligaciones del ente público, ya que ellos prestan la doble función de autorización del gasto y de previsión de ingresos, pero [...] los títulos nacen fuera de los mismos, por lo que el sistema de Hacienda pública tiene previstos los medios para corregir omisiones o discordancias."

Además, decíamos, el enriquecimiento injusto es en Derecho civil una fuente de obligaciones diferenciada claramente allí de los contratos, de la responsabilidad por daños y, también, aunque con menos nitidez, de la gestión de negocios ajenos y del pago de lo indebido. También tienen que ser así en Derecho administrativo. Sin embargo, no se ha conseguido en este punto la necesaria claridad.

Parece que los tribunales se sienten inseguros para invocar como único fundamento de ciertas obligaciones de la Administración el principio de enriquecimiento injusto. Así, no es infrecuente que las sentencias utilicen simultáneamente fundamentos contractuales para sostener una obligación que al final basan en la prohibi-

el tiempo que se dispuso de la subvención en un momento (antes de la Ley 31/1990 que se modificó la Ley general presupuestaria estableciendo ya la exigencia de intereses) en el que no había ninguna previsión legal sobre la obligación de devolver los intereses de las subvenciones indebidamente percibidas. El acto administrativo que los exigió y, sobre todo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que lo confirmó se basaron en el enriquecimiento injusto. En el recurso de casación se alegó, entre otras cosas, vulneración del principio de legalidad por admitir una "actuación administrativa que restringe derechos individuales sin tener cobertura ninguna en ley previa". Las STS de 15 de abril de 2002 responden diciendo que lo que se plantea es si el principio de legalidad "supone que la revisión de los actos administrativos puede hacerse sólo sobre la base de las normas incorporadas a leyes o reglamentos, a normas escritas, o si cabe entender que el ordenamiento jurídico y, especialmente, el ordenamiento jurídico-administrativo, incluye los principios generales del derecho como parámetros de la legalidad de la actuación administrativa y a los que también han de ajustarse los particulares en sus relaciones con la Administración". Como la respuesta es evidentemente positiva y como entre esos principios está el de enriquecimiento injusto, concluye que el acto administrativo por el que se exigía la restitución del enriquecimiento injusto no vulnera el principio de legalidad. Pero en este razonamiento hay aspectos cuestionables:

–Es obvio que la Administración está sometida a todo el ordenamiento, incluidos los principios generales del Derecho y, en especial, el del enriquecimiento injusto, que, por tanto, no puede vulnerar (vinculación negativa a todo el ordenamiento). Pero cosa distinta es si las habilitaciones a la Administración para imponer restricciones a los ciudadanos han de basarse en leyes o en reglamentos dictados con autorización legal o si también pueden basarse directamente en principios generales. Nos situamos ahora en la perspectiva de la vinculación positiva: en general, se sostiene que hay una vinculación positiva a la ley, precisamente a la ley, para imponer deberes a los ciudadanos, de modo que los principios generales no conceden directamente a la Administración potestades restrictivas o ablatorias.

–Por otra parte, es obvio también que efectivamente la Administración tiene acción para exigir el enriquecimiento obtenido por los ciudadanos a su costa. Pero de ahí no se deduce necesariamente que tenga una potestad para declarar la obligación mediante una acto administrativo ejecutivo y ejecutorio y que, no teniéndola, no haya de acudir a los jueces civiles para hacer valer su derecho.

Así, lo que en el fondo aceptan implícitamente estas sentencias es que cada vez que la Administración tiene derecho a la restitución del enriquecimiento injusto obtenido por un particular a su costa, puede declarar tal derecho y la correspondiente obligación del administrado mediante un acto administrativo sin necesidad de acudir a los jueces civiles. Y esto no aparece argumentado en estas sentencias y es, seguramente, una conclusión excesiva si se mantiene con tal generalidad. Si acaso podría sostenerse que, tratándose de un enriquecimiento injusto obtenido con ocasión de una subvención, institución que genera una indudable relación jurídico-administrativa, podía exigirse por vía administrativa.

ción de enriquecimiento injusto. Esta forma de proceder no tiene ningún sentido. Al contrario, la justificación simultánea de fundamento de una misma obligación en el contrato y en el enriquecimiento injusto supone de ordinario una contradicción insuperable y origen de confusiones de todo orden.

Tampoco faltan sentencias que conjugan como fundamento de las obligaciones que declaran la prohibición de enriquecimiento injusto y la gestión de negocios ajenos, si bien sea deformando esta institución hasta hacerla casi irreconocible. Aunque más comprensible y menos perturbadora, también esta forma de proceder debe ser abandonada, distinguiendo entre estas dos figuras y reconociendo que ambas pueden tener acogida en el Derecho administrativo, aunque la gestión de negocios con un campo más reducido.

Finalmente, aunque esto más en el campo de la doctrina científica que en el de la jurisprudencial, se ha tendido a asimilar enriquecimiento injusto de la Administración y responsabilidad patrimonial por daños de la misma Administración. En realidad, si bien es cierto que algunos hechos pueden generar tanto la obligación de restitución del enriquecimiento injusto como la de reparación del daño, se trata de dos obligaciones diferentes, con unos requisitos, funciones y contenidos distintos.

Todo esto ha enturbiado notablemente los perfiles del enriquecimiento injusto en el Derecho administrativo, así como su régimen. La jurisprudencia contencioso-administrativa, pese a la normalidad con la que se ha servido de esta noción, la ha oscurecido en muchos puntos precisamente por no haberla diferenciado suficientemente de otras fuentes obligacionales.

4. Requisitos

Para que surja la obligación de restitución de enriquecimiento injusto de la Administración –o, lo que es igual, para el ejercicio con éxito de la *actio de in rem verso*– deben concurrir, en principio, los mismos requisitos que la doctrina del Derecho civil exige. Y así se deduce de la jurisprudencia contencioso-administrativa que, incluso, en ocasiones, sobre todo en las sentencias más recientes, los enuncia expresamente.[10]

Pero si, yendo más allá de estas declaraciones formales y normalmente retóricas, se busca lo realmente aplicado y efectivamente exigido por los tribunales contencioso-administrativos, cabe relativizar la exigencia de estos clásicos cuatro requisitos. En realidad, ni siempre se exigen rigurosamente ni exactamente con los mismos caracteres ni son los únicos que se exigen. Es decir, que ni hay a este respecto una asunción absoluta de la construcción civilista ni en todos los casos en que el Derecho administrativo aplica el enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones se exigen los mismos requisitos y exactamente con el mismo significado.

En parte ello es debido a que, como ya se ha dicho, muchas sentencias invocan indebida e impropiamente el enriquecimiento injusto como un principio de pura equidad y no como una específica fuente de obligaciones. En otra parte, ello obedece a que, aun cuando se utilice como fuente de obligaciones, los tribunales contencioso-administrativos no siempre deslindan el enriquecimiento injusto de otras fuentes obligacionales y juegan simultáneamente como fundamentos de sus fallos condenatorios con esta institución y con la gestión de negocios ajenos, el cobro de lo indebido, la responsabilidad extracontractual o los mismos contratos.

El enriquecimiento puede ser positivo (*lucrum emergens*) si hay incremento patrimonial (por aumento del activo o disminución del pasivo), o negativo (*damnum cessans*), cuando se evita una disminución patrimonial –ahorro de gastos– obteniendo, sin embargo, una utilidad que no se ingresa en el patrimonio (por ejemplo, consumo o simple utilización de cosa ajena, o beneficio por servicios de otro).[11] En algunos casos, las sentencias contencioso-administrativas han exigido con rigor este requisito entendiendo, por ejemplo, que faltaba cuando el edificio construido se derrumbó (STS de 23 de diciembre de 1946, Aranzadi 1431), o cuando "no ha quedado acreditado [...] que tal servicio repercutiera en beneficio de la Administración" (STS de 20 de enero de 1971, Aranzadi 210). Pero en otras ocasiones el enriquecimiento se entiende producido sin que realmente quede clara su concurrencia: así, ante la elaboración de un proyecto arquitectónico para unas obras que la Administración decidió no acometer. E incluso hay supuestos en los que se condena a la Administración por enriquecimiento injusto, pese a reconocerse que la demandada no fue la enriquecida, sino otra, contra la que se da una acción de regreso. Concretamente, eso ha ocurrido al condenar a diputaciones cuando el enriquecido era el municipio (STS de 20 de octubre de 1987, Aranzadi 8677, y de 31 de diciembre de 1985, Aranzadi 6408). Probablemente, en esta relajación del requisito del enriquecimiento haya sido determinante la falta de

10. STS de 28 de septiembre de 1999 (Aranzadi 8836), de 10 y 24 de octubre de 2000 (Aranzadi 10679 y 9004), de 30 de abril de 2001 (Aranzadi 4466), de 22 de diciembre de 2001 (Aranzadi 8190), de 16 de abril de 2002 (Aranzadi 7006), de 21 de mayo de 2002 (Aranzadi 7029).

11. Sin ninguna duda, el supuesto más normal de enriquecimiento se produce cuando la Administración hace suya una obra que queda indisolublemente incorporada a los bienes de la propia Administración. Pero en otros muchísimos supuestos el enriquecimiento se presenta de otras formas. Así, en el caso de unas obras de montaje y desmontaje de instalaciones feriales de Ceuta, la STS de 22 de mayo de 2000 (Aranzadi 4815) aclara que "al no existir ejecución de una obra pública, no hay incorporación de la misma al patrimonio municipal, pero sí enriquecimiento injusto de la corporación al no haber abonado unos gastos que debía haber pagado como consecuencia de la instalación de los recintos feriales".

diferenciación entre esta fuente de obligaciones y el contrato, en los casos en que los conflictos tenían su origen en unas prestaciones realizadas para cumplir un contrato nulo.

Se ha exigido el empobrecimiento del acreedor y actor, si bien, como en Derecho civil, basta para que se entienda producido, incluso sin una disminución de patrimonio propiamente dicha, por la simple no-obtención de un lucro, o sea, una ganancia dejada de obtener. Prueban esta exigencia una serie de sentencias sobre supuestos muy similares: se había vendido a las empresas harineras cereales por precio superior al reglamentario; éstas reclaman a la Administración el exceso; pero el Tribunal Supremo, partiendo de que esas empresas habían repercutido el exceso de precio sobre los consumidores, rechaza la petición porque no se había producido empobrecimiento de las actoras (sentencias de 26 de noviembre de 1982, Aranzadi 7340, y de 2 de marzo de 1983, Aranzadi 1366). Por eso es de discutible acierto la STS de 4 de marzo de 1997 (Aranzadi 1659) que condena a un ayuntamiento al pago del exceso de obras en unas viviendas en virtud del enriquecimiento injusto pese a que, al parecer, el contratista los había cobrado de los adjudicatarios finales de tales viviendas: "El eventual doble cobro al Ayuntamiento y a los adjudicatarios que se dice que se produciría a favor del contratista no constituye una exoneración de la obligación de pago que pesa sobre el Ayuntamiento. Si ello se ha producido (el doble pago) no comportaría sino la posibilidad para los adjudicatarios de ejercitar la pertinente acción de reembolso frente al contratista." Pero lo cierto es que el contratista había cobrado los excesos de obras de los adjudicatarios, no había sufrido empobrecimiento y, por tanto, no podía ejercitar con éxito la *actio de in rem verso*. Se explica quizá la solución de esta sentencia y otras que relajan el requisito del empobrecimiento en el hecho de que, como ya hemos advertido, muchas veces se condena a la Administración con una argumentación confusa en la que se mezclan fundamentos de enriquecimiento injusto con fundamentos contractuales: pero si se hubiera aplicado con rigor el principio de enriquecimiento injusto, no procedería en este caso la condena del Ayuntamiento aunque era él quien contrató las obras y quien estaba obligado a pagar el precio.

También debe exigirse la correlación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento o, como también se dice, una relación de causalidad entre uno y otro.

Este requisito es destacado, sobre todo, en las STS de 12 de junio de 2000 (Aranzadi 4773) y de 5 de marzo de 2002 (Aranzadi 1975):

"La aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones exige como requisito imprescindible una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. No basta, pues, con que una persona se enriquezca y otra se empobrezca, sino que el empobrecimiento ha de ser la causa del enriquecimiento, esto es, enriquecimiento y empobrecimiento han de ser correlativos."

Estas STS, por cierto, lo exigen, tal vez, con excesivo rigor. En ambas se trataba del mismo asunto: el Ayuntamiento de Torrejón contrató con Talleres L.S.A. la construcción y explotación de un aparcamiento; a su vez, Talleres L.S.A. contrató con Constructora L.S.A. la construcción que, en efecto, realizó en parte. Después, el Ayuntamiento resolvió el contrato sin pagar las obras realizadas, que, sin embargo, se apropió. Constructora L.S.A. reclama el valor de tales obras con fundamento en el enriquecimiento injusto. Pero según estas sentencias no puede estimarse tal pretensión porque falta el requisito ahora analizado:

"En el supuesto de autos el [...] enriquecimiento del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz no es correlativo al empobrecimiento de Constructora L.S.A. El Ayuntamiento ha hecho suyas las obras como consecuencia del contrato suscrito con Talleres L.S.A. y tiene la obligación de liquidar dichas obras respecto a esta sociedad, no respecto a otra."

Pero esta aplicación es de acierto dudoso: si se hubiera tratado de aplicar las reglas de los contratos, es claro que la Administración está obligada a pagar a su contratista, no a la empresa con la que, a su vez, ésta contrató la ejecución de las obras. Pero tratándose de aplicar el enriquecimiento injusto no veo inconveniente en que se pague a ésta ni en observar que el empobrecimiento de ésta era correlativo al enriquecimiento de la Administración.

Mayor detenimiento exige el problemático requisito de la falta de justificación o de causa del enriquecimiento y correlativo empobrecimiento. En realidad, se trata de un elemento verdaderamente esencial y de su configuración depende la totalidad de la noción. Venimos hablando aquí de enriquecimiento injusto o sin causa como términos absolutamente equivalentes; y ahora nos referimos a este cuarto requisito como falta de justificación o de causa como si fuera lo mismo. Pero tras cada expresión puede esconderse una concepción parcialmente distinta, como demuestra la mejor doctrina civil. Aquí, cuando se trata de construir la teoría del Derecho administrativo siguiendo muy de cerca la jurisprudencia contencioso-administrativa, nos bastará con unas ideas más elementales.

Parece que el requisito de que hablamos podría consistir simplemente en la "injusticia " del enriquecimiento. Pero esto suscita lógicos recelos por lo que puede ser de llamada a sentimientos personales de justicia, de quiebra de las instituciones jurídicas mejor asentadas y de puerta abierta a un Derecho judicial sin límites. En cualquier caso, la justicia material no es el único valor del ordenamiento que también toma en consideración, incluso de forma preferente, la seguri-

dad jurídica, la buena fe... Esos riesgos, conocidos en el Derecho civil, se presentan también en el Derecho administrativo, donde el mismo principio de legalidad podría estar en peligro. Ante ello, gran parte de los esfuerzos doctrinales se han centrado en concretar esa "injusticia" y, más aún, por sustituir este requisito por otro, el de la ausencia de causa. Se rechaza entonces la noción de enriquecimiento injusto y se prefiere hablar de enriquecimiento sin causa: falta la causa de la atribución patrimonial que origina la obligación restitutoria. Ideas como las de falta de la causa por la nulidad del título que inicialmente la suministraba, o la de prestación sin contraprestación... encuentran cabida. La justicia y la equidad quedan al margen o, a lo sumo, como remotos fundamentos teóricos. Pero la jurisprudencia no siempre se acomoda a ello, no se desprende del todo de esos valores de justicia. Y yo no creo que ello deba ser condenado como desviaciones frívolas, al menos, no del todo. De lo que se trata es de hacer valer por esta vía los valores de justicia y equidad del mismo ordenamiento, no sentimientos personales de justicia, y de hacerlos valer exactamente en la medida en que el ordenamiento lo desea: sin introducir ideas al margen del propio ordenamiento, ni subvertir su escala de valores. Habrá entonces enriquecimientos que no hay que restituir sencillamente porque son conformes a las nociones de justicia y equidad del propio ordenamiento (enriquecimientos, podríamos decir, justos o justificados según el Derecho); y enriquecimientos que, aunque injustos desde este punto de vista, están excepcionados de la restitución porque, atendiendo a otros valores de los que ningún ordenamiento puede prescindir (singularmente, la seguridad jurídica), los considera definitivos. Con estos planteamientos, la penetración de esta fuente de obligaciones de la Administración puede realizarse con más facilidad, con menos distorsiones para el régimen administrativo.

En la jurisprudencia contencioso-administrativa todas estas ideas están latentes, las más de las veces sin muchas explicaciones, valorando las circunstancias de cada caso en su conjunto para poner de relieve la falta de justificación: y tan pronto aparece la idea de "prestación sin contraprestación" como equivalente a "enriquecimiento sin causa en lenguaje jurídico" (STS de 16 de mayo de 1986, Aranzadi 2379, y de 17 de abril de 1969, Aranzadi 2392) o las más técnicas alusiones a la causa (STS de 21 de marzo de 1991, Aranzadi 2013), como genéricas invocaciones de la equidad y la justicia material frente a rigorismos formalistas (STS de 20 de octubre de 1987, Aranzadi 8677, de 16 de marzo de 1986, Aranzadi 2379...) completadas con alusiones a la buena fe del empobrecido o a la culpa de la Administración en el resultado producido (STS de 12 de marzo de 1991, Aranzadi 1987, de 4 de abril de 1990, Aranzadi 3585...) con la intención de reforzar o patentizar la injusticia del enriquecimiento administrativo.

La exigencia de específicos requisitos en Derecho administrativo responde a la necesidad de introducir cautelas frente a las injerencias de los particulares que, en caso contrario, realizarían actos en relación con la amplísima actividad administrativa o con su vasto patrimonio y que, para colmo, comprometerían así la responsabilidad de la Administración conforme al principio que estudiamos. Frente a ello, lo razonable es que la Administración pueda decidir lo que es conveniente a los intereses generales y, tras ello, dada la limitación de recursos, que establezca prioridades y acometa sólo las actividades que considere más oportunas. Todo ello no puede quedar a merced de cualquier particular emprendedor y de su entendimiento personal de las exigencias de los intereses generales, ni tan siquiera a lo que los órganos judiciales decidan luego al respecto. Por todo ello, es lógico exigir, igual que ocurre en otros ordenamientos, otros requisitos tales como una real utilidad para la Administración desde el punto de vista de los intereses que tiene confiados, algún reconocimiento de esa utilidad por parte de la Administración y algo similar a lo que la doctrina francesa llama el "asentimiento" de la Administración, es decir, que la Administración enriquecida haya expresado de alguna forma su adhesión a la actividad del empobrecido. Y ello aunque estos reconocimientos o asentimientos provengan de quien no tiene ni siquiera remotamente competencia, sin seguir ningún procedimiento y al margen de toda formalidad, y de manera implícita. Así cabe concluirlo con carácter general y así se desprende de nuestra jurisprudencia administrativa, aunque no lo proclame nunca abiertamente. Pero, con todo, pueden aceptarse algunas excepciones a la necesidad de ese "asentimiento". Hay supuestos, como el del poseedor de buena fe y a título de dueño de bienes de la Administración que realiza mejoras sobre dichos bienes enriqueciendo a la Administración que finalmente los recupera, en los que ese asentimiento administrativo resulta casi inimaginable y en los que, sin embargo, parece razonable la restitución del enriquecimiento, como veremos. Algo similar cabe decir cuando el particular realice actuaciones que se consideren absolutamente imprescindibles, máxime si son urgentes, si bien en casos similares la doctrina extranjera, más que reconocer que en tales supuestos no es necesario el asentimiento, afirman que se entiende implícito.

5. Extensión de la obligación restitutoria

Cuestión de interés es la de la extensión de la obligación restitutoria a la que, sin embargo, los tribunales contencioso-administrativos no han prestado excesiva atención ni han precisado con el rigor necesario. También esta carencia está motivada por la falta de una

diferenciación clara entre esta fuente de obligaciones y las restantes o, para decirlo más sencillamente, entre la obligación de restitución del enriquecimiento injusto y las que nacen de los contratos, de la responsabilidad patrimonial por daños o de la gestión de negocios ajenos, porque cada una de ellas conduce a una medida de la obligación diferente. Lo que debería aplicarse es la idea del doble límite: la Administración estará obligada a restituir su enriquecimiento pero con el límite del efectivo empobrecimiento del actor. Y para ello deberían valorarse cada una de estas magnitudes en el caso concreto. Aunque algunas sentencias apuntan vagamente en esta línea (STS de 24 de abril de 1989, Aranzadi 5528) la mayoría no lo hacen. Incluso son frecuentes las que en caso de contratos nulos entienden sin más que la obligación de restitución es idéntica a la de pago del precio previsto en el contrato. Igualmente, cuando se trata de ejercicio nulo del *ius variandi*, los tribunales identifican el enriquecimiento injusto con el importe que habría resultado de aplicar las previsiones de las reglas contractuales como si se hubiera acordado la modificación válidamente. Especialmente clara es a este respecto la STS de 21 de julio de 2000 (Aranzadi 7759): no condena sólo a pagar las cantidades que correspondían al presupuesto de ejecución material sino que incluye así mismo el 6% de beneficio industrial y el 16% de gastos generales aplicando, como si todo se hubiera hecho regularmente, el artículo 68 del Reglamento general de contratación del Estado de 1975. Lo razona así:

"El Ayuntamiento demandado [que] es el responsable del exceso de obra litigioso, y, además, de haber promovido su realización de manera irregular, *no puede pretender que el precio que le incumbe abonar sea inferior al que le correspondería si la realización de la parte de la obra a que se refiere ese exceso hubiera sido contratada en debida forma*. De admitirse tal pretensión, es claro que el Ayuntamiento experimentaría un beneficio de manera injustificada, y, simultáneamente, la mercantil que realizó ese exceso de obra sufriría, en el precio recibido, una merma igualmente carente de justificación."[12]

6. Prescripción

Por lo que se refiere al plazo de prescripción, frente a la tendencia doctrinal de asimilar el enriquecimiento injusto a la responsabilidad y, por tanto, aplicarle el plazo anual del artículo 142.5 de la LAP, el Tribunal Supremo ha dejado sentado que tal plazo anual no es aplicable a la *condictio* o *actio de in rem verso* (STS de 10 de octubre de 1978, Aranzadi 3660, de 25 de junio de 1981, Aranzadi 2483 y de 6 de marzo de 1981, Aranzadi 2506). Aunque la STS de 6 de marzo de 1991 entendió que debía aplicarse el plazo de quince años del artículo 1964 del CC, la solución correcta es la que se desprende del artículo 46 de la LGP y, por tanto, debe concluirse que el plazo de prescripción es de cinco años. Así lo ha confirmado rotundamente la STS de 27 de enero de 2003 al resolver un recurso de casación para la unificación de doctrina. En concreto, se impugnaba una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que, aplicando el artículo 46 de la LGP, había declarado que el plazo de prescripción era de cinco años y la sentencia de contraste era la ya aludida del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1991. Con acierto razona:

"en la medida en que de la (sentencia del Tribunal Supremo) dictada el 6 de marzo de 1991 se desprende que el plazo de prescripción que ha de aplicarse a supuestos de reclamación de cantidades por enriquecimiento injusto de la Administración sea el de quince años previsto en el artículo 1964 del Código civil, hemos de decir que la interpretación ajustada a Derecho es la seguida por la sala de Santander.

"Estamos, en efecto, ante la exigencia de cumplimiento de una obligación de Derecho público, la contraída por la Diputación Regional de Cantabria, en virtud del principio de la prohibición del enriquecimiento injusto, al beneficiarse de unas obras realizadas por C..., S.A., que no ha retribuido. Por eso, las reglas a observar en lo que a la prescripción se refiere no son las del Código civil, sino las establecidas por la Ley general presupuestaria que, en su artículo 46.1.a), dice: 'Salvo lo establecido por leyes especiales prescribirán a los cinco años: a) El derecho al reconocimiento o liquidación por la Hacienda pública de toda obligación que no se hubiese solicitado con la presentación de los documentos justificativos. El plazo se contará desde la fecha en que se concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación'. No hay, pues, infracción del citado artículo 46.1.a) de la Ley general presupuestaria que se ha aplicado correctamente, ni del artículo 4.1 de la Ley de contratos del Estado pues conforme a lo que en él se disponía, la aplicación de las normas jurídico-privadas sólo procede subsidiariamente, esto es, en defecto de previsiones de Derecho administrativo y aquí no se da ese defecto."

Ahora, de acuerdo con la nueva LGP de 2003, hay que entender que el plazo es de cuatro años.

12. Una excepción a esa tendencia general pudiera verse en la STS de 15 de noviembre de 2000 (Aranzadi 10266): se habían realizado unas obras de urbanización sin que ni siquiera hubiera un proyecto de urbanización; después de realizarse las obras se aprobó el proyecto pero sólo en parte coincidía con las efectuadas y la sentencia sólo condena a pagar esa parte: "a efectos indemnizatorios derivados del enriquecimiento sin causa, sólo deben ser tenidas en cuenta las obras realizadas, de hecho, conforme a lo establecido en el Proyecto de Urbanización aprobado posteriormente a la realización de las mismas." Quizá pudiera haberse justificado esa solución por entender que, aunque el empobrecimiento del contratista alcanzaba el total valor de las obras realizadas, únicamente las obras que coincidían con lo establecido en el Proyecto enriquecían a la Administración. Pero lo cierto es que la sentencia no llega a ofrecer este fundamento.

7. Funciones y modalidades de la acción de enriquecimiento injusto en Derecho administrativo

Es difícil enumerar todos los supuestos en los que surge la obligación administrativa de restitución del enriquecimiento injusto y en los que, por tanto, puede ejercitarse con éxito la correspondiente acción. Más difícil es aún realizar una clasificación de esos supuestos. Incluso así, para realizar una exposición general, sigo considerando lo más adecuado seguir la sistemática utilizada por Díez-Picazo con ciertas modificaciones o matices para adaptarla al Derecho administrativo. Así, distinguimos tres tipos de *condictiones*: 1) *condictio* por intromisión; 2) *condictio* por inversión, y 3) *condictio* de prestación.

7.1. *Condictio* por intromisión

Su presupuesto es que afluyan valores patrimoniales a un sujeto al que no le corresponden y que los haya obtenido mediante una invasión indebida de bienes ajenos. Aquí sólo nos interesan los supuestos en que sea la Administración la que invada bienes ajenos y obtenga de esa forma un enriquecimiento. Ello se presenta en dos formas diferentes que se corresponden a dos tipos de supuestos:

a) *Cuando la Administración, pese a lo ilícito de su intromisión en los bienes ajenos, consolida la adquisición del bien*. El supuesto puede darse también en Derecho civil (v. gr., casos de accesión, consumo de cosa ajena, protección de terceros en adquisiciones *a non domino*...), pero con mucha mayor frecuencia en Derecho administrativo. Así ocurrirá en los casos de afectación de hecho del bien ajeno al servicio público (afectaciones *a non domino*), accesión de cosa privada a bienes de dominio público ("ouvrage public mal planté ne se détruit pas"), entre otros. Las reglas propias de Derecho administrativo refuerzan esta posibilidad y, paralelamente, aumentan el campo de posible aplicación de la obligación de restitución del enriquecimiento. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, tanto la Sala de lo Contencioso-Administrativo como la Civil, que eventualmente ha conocido de estas reclamaciones frente a la Administración, y ello tanto en supuestos de construcción de la Administración sobre suelo particular, como de expropiaciones nulas que crean una situación fáctica irreversible por la construcción de las obras públicas (STS de 21 de diciembre de 1945, Aranzadi 109, de 20 de mayo de 1977, Aranzadi 2132, de 20 de noviembre de 1987, Aranzadi 9248, entre otras). Con unos u otros argumentos, invocando a veces el artículo 361 del CC, considerándolo o no como una especie de justiprecio pagado *a posteriori*, hablando o no expresamente de enriquecimiento injusto, lo que realmente se aplica y da solución satisfactoria a los problemas planteados es esta figura y en el fondo se condena a la Administración a restituir el enriquecimiento injusto obtenido.

b) *Cuando la Administración, aunque devuelva el bien que ilícitamente usurpó, se haya enriquecido con los frutos de la cosa ajena o por la simple utilización de la misma*. El Derecho civil cuenta con reglas específicas para los frutos. La solución hay que buscarla en los artículos 451 y 455 del CC. Ninguno de los dos consagra una regla igual a la restitución del enriquecimiento injusto: el primero, para el poseedor de buena fe, impone un régimen más beneficioso para éste que el que le supondría la aplicación directa y pura del enriquecimiento injusto, pues le permite hacer suyos los frutos sin compensación alguna; el segundo, para el poseedor de mala fe, prevé para éste un régimen más perjudicial que el de la restitución del enriquecimiento injusto, pues debe abonar tanto los frutos percibidos como los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir. No hay, sin embargo, una solución en el Código civil sobre el provecho obtenido con el simple uso de la cosa ajena, pero parece razonable admitir, al menos para el poseedor de mala fe, la obligación de restitución del enriquecimiento que ello represente.

Aunque pudiera parecer razonable aplicar las mismas soluciones a la Administración, es difícil sostenerlo. En Derecho administrativo hay reglas e instituciones que, aunque no pensadas específicamente para dar solución a estos casos, podrían resultar de aplicación; al menos, los principios generales que laten en ellas. Piénsese, por ejemplo, en la responsabilidad patrimonial de la Administración que llevaría normalmente a condenar a la Administración a indemnizar por los daños que originó su posesión ilegítima, aunque hubiera sido de buena fe, puesto que la responsabilidad surge incluso sin culpa y por actuaciones lícitas; o en las ocupaciones temporales reguladas en la LEF y a las que se podrían asimilar en parte estas usurpaciones administrativas que terminan en la devolución del bien a su legítimo poseedor, al menos en lo que se refiere a sus consecuencias patrimoniales... Estas instituciones, sobre todo la de la responsabilidad patrimonial de la Administración, son las que deben inspirar la solución en los casos que nos ocupan. Con todo, puede ocurrir que no haya daños para el desposeído temporalmente, o que haya pasado el año de la acción de responsabilidad... Podría, según creo, aceptarse una acción de enriquecimiento injusto contra la Administración, sin que los artículos 451 y 455 del CC lo impidieran pues la prohibición de enriquecimiento injusto es un principio general del Derecho, también y específicamente del Derecho administrativo, que se autointegra sin necesidad de acudir al Derecho civil.

La STS de 23 de noviembre de 1999 (Aranzadi 1371) ofrece un interesante supuesto de enriquecimiento de la Administración por hacer suyos los frutos de una cosa ajena que poseyó durante algún tiempo. En sínte-

sis, se trataba de que el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana explotó unas playas mediante la instalación de hamacas y sombrillas contratando tales servicios con terceros. Después quedó acreditado que esas playas eran propiedad particular y, con independencia de que se restituyera la posesión, el propietario reclamó las cantidades que había ingresado el Ayuntamiento. Lo hizo ejerciendo una acción de responsabilidad, no propiamente la *actio de in rem verso* o la *condictio* por intromisión, y es la responsabilidad patrimonial la que declara el Tribunal aunque apuntando expresamente su relación con el enriquecimiento injusto. Así se dice que es "el principio de enriquecimiento injusto el que fundamenta su reclamación de responsabilidad". Y también, "la obtención por la Administración de los beneficios derivados del uso de la finca cuya posesión no le pertenecía [...] transforma dicha percepción en un supuesto de enriquecimiento injusto", aunque finalmente ello le lleve a declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es claramente uno de esos supuestos en que concurrían simultáneamente la acción de responsabilidad y la de enriquecimiento injusto. En el caso, se ejerció la primera y es la responsabilidad administrativa la que justificó la condena de la sentencia. Pero perfectamente, y aun con más precisión, todo podía haberse basado en el principio prohibitivo del enriquecimiento sin causa. Incluso, si hubiera pasado el año de prescripción de la acción de responsabilidad, sólo el enriquecimiento injusto habría permitido resarcir al propietario. Sea como fuere, se observará que la sentencia no se plantea siquiera la aplicación de los artículos 451 y 455 del CC.

7.2. *Condictio* por inversión

Se refiere a supuestos de enriquecimiento obtenidos a costa de un sujeto que, sin ejecutar una prestación ni pretender cumplir una obligación propia, realiza una inversión (de sus bienes o de su trabajo) o un desembolso que aprovecha a otro, en nuestro caso, a una administración. Cabe imaginar dos tipos de supuestos en los que, tal vez, podría admitirse y, en tal caso, dar origen a dos modalidades de la *condictio* por inversión: la *condictio* de regreso y la *condictio* por expensas.

a) *Cuando un tercero pague o cumpla las obligaciones de la Administración (condictio de regreso)*. En Derecho civil, cualquier persona puede hacer el pago de una deuda de otro, ya sea con la aprobación del deudor (artículo 1210.2 del CC), ya sea ignorándolo éste (artículos 1158.1 y 1159 del CC), ya sea incluso contra la expresa voluntad del deudor (artículo 1158.3 del CC). Y todo ello haciéndolo conscientemente, es decir, con conocimiento de que se cumple una obligación ajena (extremo que diferencia estos supuestos de los de pago de lo indebido que se resuelven por la vía de la *condictio indebiti*). Las soluciones del Código civil en lo que aquí interesan son éstas: si el tercero paga contra la expresa voluntad del deudor tiene derecho a repetir de éste aquello en que le hubiera sido útil el pago (artículo 1158.1 del CC); si no existe esa expresa voluntad contraria del deudor, tendrá derecho a que el deudor le restituya todo lo que hubiera pagado (artículos 1158.2 y 1210.2 del CC). Aunque con algunos matices, la jurisprudencia y la doctrina creen que todo ello coincide con la obligación de restitución del enriquecimiento injusto que se corresponde con la idea de *condictio* de regreso. Lo que importa saber es si las mismas soluciones son las correctas cuando un tercero pague las deudas de la Administración. De la STS de 6 de abril de 1987 (Aranzadi 4234) podría deducirse una respuesta positiva; de la STS de 4 de junio de 1957 (Aranzadi 2572), una respuesta negativa. En realidad, más bien hay que partir de que la regla de que cualquier persona, aun sin interés en el cumplimiento de la obligación e ignorándolo el deudor, puede hacer el pago con efectos liberatorios, no rige cuando la deudora es la Administración. Si esto es así, el pago hecho por un tercero no liberaría a la Administración y, por tanto, no la enriquecería: en consecuencia, no cabría la *condictio* de regreso y la solución habría que buscarla por otras vías. Pero en algunos casos, el pago hecho por un tercero sí sería admisible y tendría valor solutorio: así cuando el *solvens* sí tiene algún interés en el cumplimiento de la obligación (por ejemplo, cuando la mora de una Administración está perjudicando los intereses públicos confiados a otra) o cuenta con un asentimiento, al menos tácito, de la Administración deudora.[13] En estos supuestos, se podrá admitir una *condictio* de regreso del tercero frente a la Administración deudora en la medida en que sea la forma de evitar un enriquecimiento injusto y siempre que ello no choque con otras reglas y principios del régimen administrativo.

b) *Cuando un sujeto realice gastos o trabajos sobre una cosa de la Administración que incremente el valor*

13. Ésta es la situación que se planteaba en la STS de 21 de septiembre de 2000 (Aranzadi 7299). El Ayuntamiento de Santander, en unas reuniones a las que asistieron un concejal y varios técnicos municipales, aceptó contribuir al pago de una obra de competencia estatal en la cantidad de 10.000.000 de pesetas, pero una entidad privada, a la que beneficiaba esa obra, se comprometía, además de a sufragar otra parte, a adelantar la aportación municipal, como efectivamente hizo. Luego, cuando la entidad privada solicita el reembolso de lo que pagó por el Ayuntamiento, éste se opone por entender que ni el concejal ni los técnicos podían comprometer a la corporación. La sentencia condena al Ayuntamiento al pago aplicando, sobre todo, el principio de confianza legítima pero invocando también el enriquecimiento injusto. En realidad, bien podría haberse sostenido la eficacia del compromiso municipal de pagar parte de la obra con fundamento en la confianza legítima y entender, por otra parte, que la situación de la entidad privada era la de un tercero que había pagado por la Administración y que ahora ejercía la *condictio* de regreso.

*de ésta (*condictio *por expensas)*. Sólo se incluyen aquí las expensas realizadas sobre bienes de la Administración que no se hayan realizado con la intención de cumplir una obligación, que no se hayan realizado *solvendi causa*, pues de lo contrario caerían en el ámbito de la *condictio* de prestación. Aun así, interesa referirse al menos a dos tipos de supuestos.

a') Expensas de los poseedores a título de dueño. El Código civil se ocupa de ello en los artículos 453 a 455. Prescindiendo de los gastos suntuarios, que por definición no incrementan el valor de la cosa a la que se incorporan, y, por tanto, no originan enriquecimiento, el esquema es el siguiente: los gastos necesarios se abonan a todo poseedor, incluso de mala fe, obligación que tiene su fundamento en la prohibición de enriquecimiento injusto; los gastos útiles sólo se abonan al poseedor de buena fe que tiene un derecho que se conecta con la prohibición de enriquecimiento injusto y cuya cuantía puede ser igual al importe de los gastos o al incremento de valor de la cosa (regla semejante a la del doble límite del enriquecimiento y del empobrecimiento); el poseedor de mala fe no tiene derecho a que se le abonen los gastos útiles, con lo que el Código civil, para sancionar la mala fe, se aparta de la idea de prohibición de enriquecimiento injusto. Las mismas reglas –o los principios de justicia subyacentes en ellas– deben aplicarse a las expensas realizadas sobre bienes de la Administración por sus poseedores a título de dueño, salvo que existan reglas especiales. Aunque no se apliquen directamente los preceptos del Código civil, el principio de prohibición del enriquecimiento injusto conducirá a soluciones similares. Incluso la excepción del poseedor de mala fe también debe aquí regir pues sería insólito que el poseedor de mala fe de bienes administrativos recibiera mejor trato que el usurpador de bienes privados.

Dentro de este apartado pueden incluirse las expensas sobre bienes poseídos en virtud de contrato ineficaz de manera que finalmente hay que devolverlos a la Administración con las mejoras realizadas. Quien dispone de una cosa en virtud de contrato nulo debe ser considerado como mero poseedor (poseedor normalmente de buena fe), puesto que el contrato nulo no produce efectos. Tendrá o no derecho al abono de las expensas conforme a las reglas expuestas. Lo mismo ocurre si se produce la condición resolutoria que se hubiere establecido. Pero hay un supuesto que cuenta con una regulación específica: gastos realizados por quienes disfrutan de bienes patrimoniales de la Administración en virtud de cesiones gratuitas y que, por no destinarlos al fin previsto, tiene que devolverlos a la Administración con todas sus pertenencias y accesiones, incluidas las mejoras realizadas, según disponía el artículo 97 del RBEL de 1955 y, ahora, el artículo 111.3 del RBEL de 1986. La jurisprudencia se ha mostrado vacilante: en las STS de 15 de febrero de 1985 (Aranzadi 2647) y de 23 de junio de 1987 (Aranzadi 6521), se niega todo derecho de compensación, de manera que, a la postre, consagra un enriquecimiento injusto de la Administración; en las STS de 3 de febrero de 1986 (Aranzadi 894) y de 10 de marzo de 1972 (Aranzadi 2107) se condena a la Administración a abonar las expensas. Creo que esta última es la solución correcta cuando la no-continuación del bien en el destino del bien cedido es ajena al autor de la voluntad de las expensas, en aquellos en que éste actuó de buena fe y en los que las mejoras se hicieron precisamente para cumplir con el uso que la Administración impuso al ceder el bien.

b') Expensas sobre bienes de la Administración sin posesión a título de dueño. Los supuestos pueden ser muy variados. Incluso es posible que se hagan como gestor de negocios ajenos. Frente a una postura mayoritariamente contraria a la admisión de esta figura en Derecho administrativo, no veo imposible que cuando el particular trate de evitar algún perjuicio inminente y manifiesto (arg. artículo 1893, par. 2, del CC) para los bienes públicos, o hubiera alguna forma de ratificación por la Administración, o el particular hubiera actuado con algún asentimiento administrativo... tenga derecho a una compensación que evite el enriquecimiento injusto. Pero el caso más interesante es el de quien cuenta con un título administrativo para poseer el bien de la Administración sobre el que realiza gastos sin que estuviera obligado a ello por el título y sin pretender gestionar los asuntos de la Administración sino simplemente para su mejor utilización y disfrute. Los gastos necesarios no deben ser, en principio, compensados por la Administración ya que, en realidad, son obligatorios para el poseedor (artículo 49 de la LPE). El problema, pues, se ciñe a las mejoras útiles realizadas voluntariamente por el poseedor que reconoce la titularidad de la Administración y que sabe que habrán de revertir, junto con el bien, a la Administración. Incluso sin considerar la posible ilegalidad de la actuación del poseedor, el rechazo de su derecho a una compensación se impone y el consecuente enriquecimiento de la Administración no acontecerá sin causa ni deberá ser considerado injusto. Así lo ha entendido la STS de 11 de junio de 1984 (Aranzadi 4087) para el caso de un precarista, y la misma solución se desprende de la legislación para el concesionario de dominio público [artículos 72.3 y 89.c) de la LC, y artículo 51.4 de la LA]. Fuera de estos casos, la misma negativa debe imponerse con carácter general.

7.3. *Condictio* por prestación

Tal como la configura Díez-Picazo, se da cuando el enriquecimiento se ha producido en virtud de una prestación (normalmente realizada *solvendi causa*) que se frustra por "no-producción o por desaparición de la

finalidad a que iba enderezada". La prestación que supone el enriquecimiento debe haberse realizado "con la finalidad de ejecutar un plan jurídico obligatorio" aunque puede partir de una obligación existente o "supuestamente existente", de origen legal o negocial. Prescindiendo aquí de la devolución de los ingresos de Derecho público indebidos, que cuentan con una regulación propia, conviene al menos considerar dos campos de aplicación.

a) Condictio *de prestación frente a la Administración por trabajos o servicios personales sin relación funcionarial o de empleo*. Sólo nos interesan ahora los enriquecimientos derivados del simple trabajo que supone un ahorro de gastos para la Administración y una ganancia dejada de obtener para el "trabajador", no los que dan origen a una obra o cualquier otro resultado material. Si es el enriquecimiento que se produce con esa obra o ese resultado material lo que se reclama, habrá que reconducirlo a otros supuestos. También excluimos los trabajos asimilables a los de un contratista o reconducibles a la gestión de negocios ajenos. Sólo nos referimos aquí al posible juego de la *condictio* de prestación ante servicios realizados en favor de la Administración con una integración en la misma similar a la del funcionario o empleado laboral. Esto coincide en parte con la figura del funcionario de hecho pero ésta atiende sobre todo a los problemas de imputación de los actos de éste y sus efectos a la Administración, mientras que nosotros sólo pretendemos analizar las consecuencias patrimoniales derivadas del eventual enriquecimiento administrativo y que, anticipémoslo ya, deben resolverse por regla general reconociendo la obligación administrativa de pago basada en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto. El Consejo de Estado, en su dictamen de 22 de junio de 1989, resolvió idéntica cuestión afirmando sin más como principio la regla "servicio prestado, servicio retribuido". El Tribunal Supremo ha llegado a la misma solución invocando expresamente la prohibición de enriquecimiento administrativo en sus interesantes sentencias de 19 de noviembre de 1986 (Aranzadi 909 de 1987) y de 12 de julio de 1994. En todos estos casos, siempre casualmente relacionados con la sanidad, se condenó a la Administración a pagar las prestaciones realmente realizadas aunque no había nombramiento o era ilegal, incluso ya anulado con anterioridad. Con ciertas cautelas, asegurando que el trabajador hubiera actuado de buena fe y con cierta anuencia de la Administración, la solución puede extenderse a otros supuestos. Pero, pese a que el artículo 9 del ET refuerza esa dirección, no deben extraerse conclusiones precipitadas y debe tenerse en cuenta que, en algunos casos, los principios de la función pública podrán suministrar fundamento al enriquecimiento.

b) Condictio *de prestación en relación con contratos administrativos*. Realmente es en este campo donde las aplicaciones jurisprudenciales son más numerosas. Cabe distinguir dos supuestos fundamentales: *a'*) Prestaciones realizadas en ejecución de contratos administrativos inválidos y antes de que se declare la anulación, y *b'*) Prestaciones en ejecución de actos nulos de modificación del contrato por ejercicio inválido del *ius variandi*.

a') *Prestaciones realizadas en ejecución de contratos administrativos inválidos antes de que se declare su anulación*. Si el contrato se ha ejecutado total o parcialmente por una o por las dos partes, el ordenamiento tiende a aniquilar todos los efectos producidos, de manera que se vuelva a la situación anterior como si el contrato nunca hubiera existido. A esto responde el artículo 66.1 de la LCA (como ya antes el artículo 47 del RCE): el contrato "entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuera posible se devolverá su valor". Pero la jurisprudencia sistemáticamente ha resuelto la situación creada por la ejecución de contratos administrativos nulos o anulables acudiendo a la prohibición de enriquecimiento injusto y, en consecuencia, a dulcificar la idea de la aniquilación total de los efectos de los contratos: partiendo de que las prestaciones realizadas por el contratista no pueden ser restituidas por la Administración, los tribunales la condenan a restituir el enriquecimiento obtenido con ella.

De hecho, lo que en muchos casos ha ocurrido es que el contratista ejercía una acción exigiendo el cumplimiento del contrato por parte de la Administración y, alegada por ésta la nulidad del contrato, los tribunales condenan a la Administración al pago, pero no en virtud del contrato considerado nulo, sino en virtud del enriquecimiento.[14]

Pero en otros muchos supuestos el enriquecimiento injusto se utiliza de otra forma, aunque con la misma finalidad: se invoca para justificar que no se entienda nulo el contrato y que produzca efectos, sobre todo el efecto de mantener la obligación contractual de pago

14. En algunos casos, los tribunales acuden más bien a la gestión de negocios ajenos considerando que el contratista, ya que el contrato es nulo, ha actuado como un gestor oficioso de la Administración. Así ocurre en la STS de 22 de mayo de 2000 (Aranzadi 4815): contestando a las alegaciones municipales sobre la nulidad del contrato por falta de procedimiento para contratar y por incompetencia de quienes encomendaron los trabajos a la empresa, el Tribunal Supremo explica que "las cantidades a cuyo pago se condena al Ayuntamiento de Ceuta no se derivan de un contrato administrativo [...] justificando la procedencia del pago de la cantidad reclamada por S. S.A. en la llamada gestión de negocios de la Administración, transplante al campo del Derecho público de la teoría de la *negotiorum gestio* como fuente de las obligaciones (pues) existe en el supuesto de autos [...] un cuasi contrato de gestión de negocios ajenos entre la corporación demandada y la sociedad reclamante, y, además de ello, basado el aludido pago en el principio de evitar el enriquecimiento sin causa del Ayuntamiento".

de la Administración; o sea, para que no se produzca un enriquecimiento injusto, se mantiene la validez y eficacia de un contrato afectado de vicios de nulidad. Ejemplo claro de ello hay en la STS de 26 de marzo de 1999 (Aranzadi 1842), donde se trata de "evitar la consecuencia anulativa" para que no se produzca un enriquecimiento injusto. Es una utilización impropia del enriquecimiento injusto que, propiamente aplicado, hace surgir una obligación específica distinta de la contractual y no debe servir para mantener la validez de un contrato y de la obligación nacida de él. Si acaso, para ello sería más oportuno servirse del artículo 106 de la LAP y de la idea de equidad como límite a las anulaciones. Pero aun así quizá esta forma de proceder de los tribunales se explique por el hecho de que los contratistas ejercen una acción de cumplimiento del contrato y, ante ello, al tribunal le dé cosa cambiar la *causa petendi*.

No hay razón para exigir que, antes de aplicar el enriquecimiento injusto, se deba declarar formalmente la nulidad del contrato y, menos aún, para imponer que la Administración haya debido antes revisar de oficio el contrato o impugnarlo en recurso de lesividad. Algunas STS, absolutamente minoritarias, así lo han entendido.[15] Pero la inmensa mayoría no tiene inconveniente en condenar a la Administración al pago como restitución del enriquecimiento injusto obtenido aunque no se haya declarado formalmente la nulidad del contrato. Dos sentencias del Tribunal Supremo son especialmente ilustrativas:

Por una parte, la STS de 30 de septiembre de 1999 (Aranzadi 8331). El Ayuntamiento de Aguilar de la Frontera (Córdoba) acordó reconocer unas deudas en favor de quienes, a lo largo de varios años, habían realizado ciertas obras en favor del municipio en virtud de contratos cuya nulidad (por realizarse sin expediente ni procedimiento de selección de ningún tipo por órgano incompetente y sin consignación presupuestaria) nadie discute. El Abogado del Estado recurrió el acuerdo por entender que, siendo nulos los contratos, no cabía acordar pagar su precio. Pero la sentencia dice que en ningún momento se ha establecido que las deudas tengan su origen en los contratos sino "directamente en el hecho por nadie negado de que las obras a las que se refieren los reconocimientos (de las deudas) han sido efectivamente realizadas, por lo que si no fueran satisfechas por el Ayuntamiento se produciría un enriquecimiento injusto".

Por otra parte, la STS de 20 de diciembre de 1995 (Aranzadi 8989), sobre el pago a un arquitecto de trabajos realizados en favor del Ayuntamiento en virtud de un contrato que pudiera ser nulo y contra el que, de hecho, el Ayuntamiento estaba tramitando su revisión de oficio. Según la sentencia, el Ayuntamiento debe pagar "al margen de la solución final que pudiera darse a la acción revisora de oficio (previo informe del Consejo de Estado) que el Ayuntamiento ha incoado tras advertir vicios formales [...] pues, sea cual sea la decisión final del proceso revisor, las actividades efectivamente encargadas y de hecho realizadas por el arquitecto contratado [...] deben serle remuneradas".

Otra posibilidad: STS de 23 de abril de 1996 (Aranzadi 5473): alguien pide la nulidad de un contrato y que se devuelvan las cantidades pagadas. El Tribunal Supremo acuerda la nulidad pero no la devolución de las cantidades pagadas por varios argumentos, entre ellos, que ello ocasionaría un enriquecimiento injusto. Pero, al menos, sí convendría introducir dos matizaciones: la primera, que el contenido de la obligación de restitución del enriquecimiento no tiene que ser idéntico a la que habría nacido del contrato; la segunda, que podrían admitirse, atendiendo a la conducta del contratista, supuestos de enriquecimientos administrativos excluidos o exceptuados de la obligación restitutoria (por ejemplo, contrato ejecutado pero nulo por ser el contratista el hijo del alcalde).

b') Prestaciones en ejecución de actos nulos de modificación del contrato por ejercicio inválido o sólo aparente del *ius variandi*.

La jurisprudencia es abundantísima sobre enriquecimientos injustos producidos por prestaciones del contratista superiores a las que estaba obligado y por las que estaba retribuido en el contrato y sin que haya un ejercicio válido del *ius variandi*.

Es evidente que la legislación de contratos públicos y los pliegos de condiciones niegan al contratista toda posibilidad de modificaciones que no sean las acordadas correctamente y que, desde luego, caso de producirse, excluyen radicalmente el derecho a cobrarlas.[16] La Administración suele invocar insistentemente todo esto para oponerse a las pretensiones de cobro pero sólo con parcial éxito y, por así decirlo, con una victoria pírrica porque lo que todos esos preceptos significan es que no surge un derecho contractual al cobro ni un derecho expresamente amparado por la legislación de contratos,

15. También es la solución que frecuentemente ha impuesto el Consejo Consultivo de Andalucía. Así, por ejemplo, entre otros, en su Dictamen 2/1995, de 12 de enero (núm. marginal 26 de la Recopilación de doctrina legal de 1995) rechaza la propuesta de la consejería correspondiente de pagar a los contratistas las prestaciones realizadas en virtud de un contrato nulo acudiendo directamente al enriquecimiento injusto: por el contrario, aunque el mismo Consejo reconoce la palmaria nulidad radical del contrato en cuestión, estima que hay que proceder a la "declaración de nulidad de los actos separables por el órgano competente, pero a través del procedimiento legalmente establecido (artículo 102 de la Ley 30/1992) y no por cualquier otro, como se hace en el expediente remitido para consulta, en el que, sin más, se da por existente la nulidad de pleno derecho del contrato y se derivan sus consecuencias hacia la responsabilidad patrimonial de la Administración, al socaire de la figura del enriquecimiento injusto".

16. P. 431 a 438.

pero nada de ello alcanza a excluir que, al margen, surja, como consecuencia del principio general que veda el enriquecimiento injusto, un derecho a su restitución de contenido idéntico o similar al que tendría el contratista si la modificación se hubiera introducido legalmente.[17] Así que, a fin de cuentas, siempre hay que pagar los excesos de obras, aunque sean ordenados irregularmente. Lo expresa con toda claridad y sencillez la STS de 4 de marzo de 1997 (Aranzadi 1659): una vez admitido el exceso de obras respecto al inicialmente establecido en el contrato, dice que "la inexorable consecuencia es la obligación que el Ayuntamiento tiene de hacer frente a las consecuencias económicas que de ese hecho se derivan. Las vías que se ofrecen para esta solución son las de entender que se ha producido una ampliación o extensión de la obra y del contrato inicial al que hay que aplicar los principios y reglas del contrato originario, o, *alternativamente*, y para el caso de que se rechazara dicha solución por el carácter formalista de la contratación administrativa, aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa a fin de que el Ayuntamiento haga frente económicamente al exceso de prestación realizada por el contratista respecto a la contractualmente pactada".

Con todo, y como es característica extendida de la jurisprudencia contencioso-administrativa sobre esta institución, las sentencias frecuentemente no optan entre esa alternativa a que con acierto se refiere la sentencia que se acaba de transcribir sino que mezclan fundamentos contractuales con los específicos del enriquecimiento injusto de manera que muchas veces éste aparece, más que como la fuente específica de la obligación administrativa de restitución, como un argumento para no declarar la nulidad del ejercicio irregular del *ius variandi* y condenar al pago como si el exceso de obras se hubiera realizado correctamente.[18] Pero tal forma de proceder es errónea y no aporta nada más que confusión. Frente a ella hay simplemente que afirmar que si se acordaron válidamente las modificaciones, sobran las alusiones al enriquecimiento injusto para fundamentar la condena al pago y si, por el contrario, se acordaron con vicios invalidantes, el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto suministra por sí solo fundamento suficiente de una obligación de pago, no argumentos para mantener a todo trance la validez de lo que realmente debe considerarse nulo. Como lo dice muy expresivamente la STS de 8 de abril de 1998 (Aranzadi 3090), se trata de "cubrir el hueco dejado por el acto nulo"mediante una acción *in rem verso*, no de mantener la validez del acto para evitar el enriquecimiento injusto.

Aunque hablamos aquí de modificaciones irregulares o de ejercicio inválido del *ius variandi*, en realidad cabe incluir aquí todos los supuestos en que el contratista realiza prestaciones superiores a las que está obligado. Da igual que se trate sólo de aumentos de las unidades de obra o que merezcan la consideración de obras accesorias o complementarias o incluso independientes o que, según su cuantía, necesitaran una u otra tramitación.[19] Para que resulte aplicable el enriquecimiento injusto lo único importante es que haya prestaciones superiores a las pactadas y no se hayan acordado válidamente, sea cual sea el tratamiento que debieran haber tenido si se hubieran tramitado legalmente y sea cual sea el vicio de que adolezcan.[20] Lo confirma ahora la STS de 16 de octubre de 2000 (Aranzadi 8249):

"No es posible introducir una diferenciación conceptual, a efectos de aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, entre incrementos de unidades de obra, excesos en la ejecución de las obras, ejecución de obras complementarias necesarias para la conclusión del proyecto o modificaciones de las obras contempladas en el proyecto técnico. Siempre que se realizan obras, unidades de obras u obras complementarias que no estaban comprendidas en el proyecto que sirvió de base al contrato administrativo, se están llevando a cabo modificaciones de dicho proyecto, y en todos los casos es aplicable el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto de la Administración..."

Ahora bien, no todas las prestaciones superiores a las pactadas dan derecho al contratista a exigir la restitución del enriquecimiento administrativo. Es necesario para que tal derecho surja que el contratista haya realizado las prestaciones superiores siguiendo alguna orden o indicación de la Administración. Entre otras, es explícita reconociendo este requisito la STS de 28 de mayo de 1996 (Aranzadi 4203), según la cual los defectos procedimentales en la tramitación de las modificaciones "no pueden constituir obstáculo para el abono del

17. Un ejemplo típico de ello lo ofrece la STS de 26 de febrero de 1999 (Aranzadi 2338): el Ayuntamiento, como es habitual, alega que "no ha habido proyecto adicional aprobado por la corporación, ni autorización al director de las obras para su ejecución, ni contrato administrativo o civil alguno", sino "obras que modificaban el contrato principal en cuantía superior al 50%", infringiendo todas las reglas. Pero para la sentencia nada de ello es atendible "porque el problema planteado no consiste en determinar si se celebró o no en debida forma un contrato de ampliación de las obras [...] sino en decidir si las obras se ejecutaron o no en beneficio del Ayuntamiento y si, como consecuencia de ello, éste ha experimentado un enriquecimiento injusto que le constituye en la obligación de pagar las obras realizadas al contratista". Igualmente, STS de 15 de junio de 1999 (Aranzadi 6449): "no es lícito argüir que las obras adicionales no fueron aprobadas por la Administración contratante o que ésta no autorizase al director de las mismas ordenar su ejecución o que ni siquiera fueron ordenadas por escrito al contratista, porque el principio de inalterabilidad de los contratos no puede llevarse hasta el extremo de que se produzca un enriquecimiento injusto en perjuicio del contratista."

18. P. 453 a 456.

19. En este sentido es esclarecedora la STS de 11 de julio de 1997 (Aranzadi 5929) que, confirmando la condena a la Administración por enriquecimiento injusto y rechazando la alegación de "inaplicabilidad de la doctrina del enriquecimiento injusto con fundamento en la cuantía del exceso de obras respecto a la contratada" (era casi del mismo importe que el contrato inicial), aclara que nada importa a este respecto que se superase el tope del 20% que sólo tiene relevancia a efectos de la correcta modificación del contrato pero no para imponer la restitución del enriquecimiento obtenido.

20. P. 425 a 427.

importe de las obras realizadas (vía enriquecimiento injusto) *siempre que éstas fueran ordenadas o contratadas por personas que tuvieran apariencia efectiva de potestad"*. Si hay ejercicio inválido del *ius variandi*, aunque sólo sea una apariencia de tal o alguna indicación de la Administración, la jurisprudencia reconoce el derecho del contratista al abono de sus prestaciones fundándolo en el enriquecimiento injusto,[21] siendo indiferente que la prestación (normalmente exceso de obra) fuese necesaria para la ejecución o simplemente útil, pues basta que produzca enriquecimiento para la Administración.[22] Lo único importante es que pueda detectarse algo similar al "asentimiento" administrativo al que antes nos referimos con carácter general. Pero de inmediato hay que destacar que el Tribunal Supremo tiende a considerar que existe tal asentimiento cuando para el contratista hubo una simple apariencia de que la Administración instaba la prestación, bastando a veces una voluntad implícita o la proveniente de personas que, en realidad, no la representaban ni podían acordar ni remotamente los cambios introducidos.[23] Normalmente se trata de órdenes de los directores de obras, aunque sin seguir el procedimiento pertinente y yendo mucho más allá de lo que les está permitido, incluso, a veces, en contra de lo querido por la Administración. Reveladora es la STS de 4 de marzo de 1997 (Aranzadi 1659):

"Por lo que hace a la parte de obras realizadas sin consentimiento del Ayuntamiento pero por orden del director de las obras es evidente la procedencia de su pago por el Ayuntamiento, pues al margen de que tales incrementos de obra se hayan realizado siguiendo el procedimiento legalmente establecido, lo cierto es que el director de la obra es el representante en la obra de la Administración, y sus instrucciones si son dadas por escrito son de obligado cumplimiento para el contratista. Otra cosa es, y esto parece insinuar el Ayuntamiento, que el director de la obra haya favorecido al contratista frente a la Administración [...]. Sin embargo, en principio, la posición del director de las obras es la de servidor de la Administración y a tal concepto nosotros hemos de atenernos."

Pero, a veces, la apariencia es aún más remota. Un caso extremo es el de la STS de 11 de julio de 1997 (Aranzadi 5929), en el que las modificaciones en unas obras municipales parece que las instaba la Unión Deportiva Las Palmas, que, además, era la que disfrutaba de las instalaciones, pero "si bien es cierto que no consta un consentimiento explícito del Ayuntamiento de Las Palmas al exceso de obra realizada, es evidente que conoció la realidad de su ejecución, y, en consecuencia, pudo y debió manifestar su oposición a que las obras controvertidas fueran llevadas a cabo. Al no hacerlo así ha de soportar las consecuencias derivadas del enriquecimiento que para el ente demandado suponen las obras realizadas". Así, parece que basta, no ya un asentimiento derivado de quien tenga apariencia de potestad, sino incluso una simple tolerancia administrativa con el exceso del contratista.[24]

Por el contrario, si ni siquiera hay eso, es decir, cuando los contratistas realizan espontáneamente prestaciones superiores a las pactadas, sin que de ninguna forma pueda entenderse que seguían indicaciones de la Administración, ni siquiera nulas o aparentes, ni han contado con la tolerancia de la Administración, entonces la regla general es que no existe derecho a su abono. Ello, no obstante, cuenta con una excepción capital: si esa prestación no pactada era absolutamente imprescindible para el cumplimiento del contrato, y por ello la realizó el contratista, entonces sí se le reconoce derecho a su abono con fundamento en el principio prohibitivo del enriquecimiento injusto.[25] En cierto modo, en esa absoluta necesidad de la prestación podría verse algo similar a un "asentimiento implícito" de la Administración.

8. La regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en el Derecho civil y su traslación al Derecho administrativo

8.1. Hay demasiadas torpezas

Hay puntos oscuros en la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Pero, como mínimo, su estudio en Derecho civil deja claro que el significado que suele

21. P. 445 y 446. Muchas veces las sentencias no proclaman formalmente esta exigencia ni dicen que, de no existir, no se condenaría a la Administración. Pero siempre que condenan a la Administración a pagar se encargan de aclarar que el contratista no ha realizado el exceso de obras espontáneamente y por su propia voluntad. Por ejemplo, en la STS de 26 de febrero de 1999 (Aranzadi 2388) se lee: "la ejecución de la ampliación de las obras no es imputable al contratista, como se deduce de la declaración testifical prestada por [el] director de las obras, así como de que el Ayuntamiento de [...] no mantiene que la referida ampliación sea debida a dolo o culpa del mencionado contratista"; o en la STS de 8 de abril de 1998 (Aranzadi 3090) se dice: "ejecutándose por el contratista según instrucciones verbales del ingeniero director de las obras y del propio alcalde." Igualmente, en la STS de 21 de julio de 2000 (Aranzadi 7759): "se había producido un exceso de obras [...] que [...] había tenido lugar no por iniciativa del constructor sino a instancia de los propios órganos municipales." Y en la STS de 15 de junio de 1999 (Aranzadi 6449) se afirma que "si efectivamente fueron ordenadas las obras, como se ha producido y probado en el caso examinado, los vicios existentes en dichas órdenes como consecuencia (del incumplimiento) de los requisitos de competencia o procedimiento que no son imputables al contratista, no pueden oponerse a él para que éste pueda percibir su importe, puesto que consta acreditado que las órdenes se dieron por quienes para el contratista tenían la apariencia suficiente de ostentar la efectiva potestad".

22. P. 446 a 449.

23. P. 449 a 453.

24. La misma idea se desprende de la STS de 1 de julio de 2002 (Aranzadi 7075), que llega a hablar de un consentimiento tácito simplemente deducido de la no-paralización de las obras: "con independencia de la existencia o no de órdenes de ejecución por parte de los técnicos municipales, es lo cierto que la empresa constructora del aparcamiento subterráneo realizó dicho exceso de obras *con el consentimiento tácito de la Administración municipal, que debió paralizar las realizadas fuera del proyecto."*

25. P. 438 a 444.

atribuírsele poco o nada tiene que ver con lo que las sentencias contencioso-administrativas que la invocan pretenden decir con ella y que más bien parecen partir de una confusión. La confusión tiene su origen en que hay demasiadas torpezas y en el mal entendimiento de la *turpitudo* o torpeza de que habla el aforismo. *Turpitudo(-inis)* significa "ignominia, deshonra, infamia, vileza, vergüenza" y, en una segunda acepción, se traduce como "fealdad, deformidad". *Turpis(-e)* es "vergonzoso, infame, indecente" y también "feo, repulsivo, repugnante". Me atrevo a imaginar que esas segundas acepciones provienen de un moralismo que, viendo muy feo hacer cosas indecentes, llegó a identificar *turpitudo* con fealdad. A lo que hoy llamamos normalmente torpe se llamaba en latín *tardus* y *stolidus,* y a la torpeza *inertia*. En el Diccionario de la Real Academia aparece todavía *turpitud* como sinónimo anticuado de torpeza y *turpe* como torpe. Pero *torpe* no tiene sólo el significado usual de "desmañado, falto de habilidad o destreza" o de "rudo, tardo en comprender". Aparecen estas otras acepciones que nos ponen en el buen camino para entender la regla: *torpe* es "deshonesto, impúdico, lascivo"; y algo más ampliamente "ignominioso, indecoroso, infame". *Torpeza* es la "calidad de torpe" y, por tanto, con las mismas acepciones variadas de torpe, incluida la que lo relaciona con lo inmoral, que es lo que aquí interesa.

En efecto, la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* –también formulada como *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* o *propria turpitudinem allegans non auditur* o simplemente *nemo auditur* para los familiarizados con ella–[26] tiene que ver con la inmoralidad en general. Si acaso, se puede reconocer muchas veces la tendencia a conectarla más concretamente con lo deshonesto, lo impúdico y lascivo,[27] pero sin excluir otras formas de inmoralidad. La regla no se agota en la lascivia y, junto con los ejemplos siempre repetidos de los pagos y regalos a meretrices y concubinas o los contratos sobre casas de tolerancia, también son típicos los de entrega de dinero a funcionarios para que resuelvan en tal sentido o a cualquier persona para que delinca, se abstenga de hacerlo o devuelva el producto de su delito. Y, de hecho, el Código civil, en los preceptos que consagran el *nemo auditur*, no circunscribe la inmoralidad contemplada a la contraria a la honestidad y distingue los supuestos en que medie un delito o falta cualquiera (artículo 1305) y aquellos otros de causa torpe pero no constitutivos de delito (artículo 1306).

Con estas precisiones terminológicas estamos ya en disposición de afrontar el significado del *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en Derecho civil, paso previo para analizar su utilización en Derecho administrativo.

8.2. El *nemo auditur* en los artículos 1305 y 1306 del Código civil: exclusión de la restitución de lo entregado con causa torpe

En Derecho civil, el *nemo auditur* aparece siempre como una excepción a la regla general de restitución de lo cobrado indebidamente, o sea, a la acción que tiene el que pagó indebidamente contra el *accipiens*. Por ello, algunos códigos recogen esa regla al regular el pago de lo indebido o el enriquecimiento injusto.[28] Nuestro Código civil, sin embargo, acoge la regla en el capítulo dedicado a la nulidad de los contratos (artículos 1305 y 1306), de modo que aparece más específicamente como una excepción a la recuperación del pago de lo indebido cuando éste tiene su origen en un contrato nulo.[29] Aunque con alguna reiteración y diferenciaciones innecesarias, lo que establecen los artículos 1305 y 1306 del CC es la exclusión de la repetición por causa torpe: hay, por tanto, una atribución patrimonial de ilicitud cualificada o torpeza (inmoralidad) en la que se niega la posibilidad de repetición, es decir, la acción del torpe para pedir la restitución de lo pagado.[30]

26. Sobre las diferentes maneras con las que la regla es formulada o aludida véase CERDÁ OLMEDO, M. *"Nemo auditur propiam turpitudinem allegans", Revista de Derecho Privado*, 1980, p. 1187. Después veremos incluso otras formulaciones que pretenden matizar el significado de la regla. En las fuentes se encuentra indistintamente *propriam* y *propiam*.

27. No es impertinente recordar que no es lo mismo honrado que honesto o que, por lo menos, no lo era. LÁZARO CARRETER, F. *El dardo en la palabra*, Barcelona, 1997, p. 562, explica que antes estaba claro que "la honradez habitaba al norte y la honestidad al sur del ecuador corporal". Los académicos dieciochescos, recuerda, definían la honradez como "aquel género de pundonor que obliga al hombre de bien a obrar siempre conforme a sus obligaciones, y cumplir la palabra en todo"; mientras que honestidad era "moderación y pureza contraria al pecado de la lujuria". Pues eso: que llegados al *nemo auditur* las referencias a meretrices y concubinas son frecuentes y tiene uno la impresión de que la inmoralidad de la que se habla tiene mucho que ver con la lujuria o, como lo dice el mismo Lázaro Carreter, con el buen orden de la libido. Y no está esto del todo desorientado pues, como ya hemos visto, torpe es, según el DRAE, antes que genéricamente ignominioso o infame, "deshonesto, impúdico o lascivo".

28. Así ocurre en Alemania (§ 817 BGB) y en Suiza (artículo 66 del Código de obligaciones). También la Compilación navarra: "Causa inmoral para el que pagó. Asimismo es irrepetible lo que se da a causa de un convenio inmoral para el que pagó, aunque lo sea también para el que cobró."

29. Pero, en realidad, el supuesto de la previa existencia de un contrato es sólo un supuesto dentro de una regla más general que comprende también otros casos de atribución patrimonial inmoral sin la preexistencia de contrato. Por ello, como explica Delgado Echeverría, "en el fondo, no es incorrecta su situación en el Código, pues se presenta explícitamente como una excepción a las acciones del tipo de la *condictio indebiti* establecidas en el artículo 1303". Véase LACRUZ BERDEJO, J. L.; MORENO LUNA, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNANDEZ, F., *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, vol. segundo*, 2ª ed., Barcelona, 1987, p. 381.

30. Véase DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Comentario al artículo 1305", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales,* dirigido por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., tomo XII, vol. 2º, 2ª ed., Madrid, 1995, p. 442. El mismo DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentario del Código civil,* dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.; BERCOVITZ, R. y CORDECH, P. S., 2ª ed., Madrid, 1993, tomo II, p. 555, lo sintetiza así: "En esencia, ambos artículos (1305 y 1306) responden a un solo principio y contienen una sola norma básica, la exclusión de la repetición de lo dado por causa torpe, pero lo presentan repetitivamente."

En esa exclusión consiste y se agota el *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. No hay más. En concreto, no significa ninguna limitación a la posibilidad de alegar la causa de nulidad. Por el contrario, se admite –y el *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* no lo pone en cuestión– que no puede exigirse el cumplimiento del contrato nulo por inmoral y que cualquiera de las partes del contrato, incluido el tachado de *turpitudo*, puede alegar esa nulidad. Es decir, que, a ese efecto, sí se puede alegar la propia torpeza o inmoralidad: "Lo único que (el inmoral) no puede hacer es pedir la restitución de la atribución por él realizada." De manera que, como explica Delgado Echeverría, sería más adecuado utilizar el brocardo *"in pari causa turpitudinis cessat repetitio"*.[31] Si ni siquiera en ese caso el *nemo auditur* limita la posibilidad de alegar el vicio de causa u objeto inmoral, menos aún ha significado nunca que, fuera de los casos de torpeza propiamente dicha, las partes no puedan alegar los vicios invalidantes que ellas mismas hayan originado o que sean debidas a su torpeza en el sentido de falta de habilidad o destreza. Si es que alguna limitación de este tipo existe, no se ampara bajo el *nemo auditur*.

Una última aclaración es oportuna. La regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* no merece ser considerada un principio general del Derecho, y ello por varias razones. Por lo pronto, es más bien una excepción a una regla general, la de restitución de lo pagado indebidamente y, más en concreto, la de la eliminación de los efectos del contrato nulo con la consecuente restitución de lo entregado (artículo 1303 del CC). Y, además, esa excepción ni tiene un claro y sólido fundamento ni una naturaleza que permita su extensión ni conduce a consecuencias que se consideren justas en todo caso, sino más bien al contrario. Conviene recordarlo para valorar su eventual aplicación en Derecho administrativo. Por lo que se refiere al fundamento del *nemo auditur,* bastará recordar una de las teorías más repetidas. Es la justificación de la "indignidad procesal de quien basa su acción en un acto propio ilícito. La Justicia, se ha dicho, ante negocios infames, vuelve su rostro en un movimiento de cólera y asco".[32] En la actualidad, se considera que su naturaleza es la de una pena civil, consistente en la privación de la protección jurídica, por una conducta infame, pena que pretende proteger la moral social.[33] Ni aquel discutible fundamento ni esta naturaleza facilitan su extensión fuera del ámbito estricto que marcan los artículos 1305 y 1306 del CC. En la misma dirección apunta la cuestionable y cuestionada justicia de la regla que, a veces, conduce a soluciones poco equitativas e, incluso, según se dice, poco morales.[34] Por ello, y esto sirve de colofón a lo que aquí se quiere destacar, no es de extrañar que la misma jurisprudencia civil mire con reticencias la regla y tienda a inaplicarla.[35] No nos pronunciaremos aquí sobre el fundamento, naturaleza y justicia o injusticia del *nemo auditur,* regla que, procedente del Derecho romano o del canónico, nos llegó a través de Las Partidas y consagra nuestro Código civil en forma similar a otros derechos. Pero lo dicho sí es suficiente para comprender que no puede ser considerado un principio general del Derecho y que tampoco hay razones para extender el ámbito de aplicación de esta regla más allá del establecido en los artículos 1305 y 1306 del CC.

31. *Elementos de Derecho civil, op. cit.*, II, vol. 2º, p. 382, y también en los comentarios a los artículos 1305 y 1306, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, op. cit.*, p. 440 y ss., *passim*. Incluso antes, en el comentario en la misma obra al artículo 1302 del CC, p. 389, anticipa: "Los artículos 1305 y 1306 niegan, en ciertos casos, a una o a ambas partes la repetición de lo prestado en cumplimiento del negocio nulo [...] pero en ningún caso la facultad de hacer declarar la nulidad (y así, por ejemplo, evitar el cumplimiento)." Así era ya en el Derecho romano. CERDÁ OLMEDO, M., *Nemo auditur..., op. cit.,* p. 1188, dice que "el Digesto enseña que el litigante podía, si el contrato no había sido aún cumplido, invocar su propia inmoralidad". Igualmente explica en la página 1189 que la misma solución regía en el siglo XIII, pues cabía "invocar la propia inmoralidad –por vía de excepción– en el caso de *periculum animae*, o sea, si se [...] comprometía un grave interés moral". Sin embargo, en sentido contrario, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1963, p. 203: "Cuando la ineficacia de un contrato provenga de ser ilícita o torpe la causa, el contratante, culpable de esta ilicitud o de este carácter torpe, carece de acción para pedir la ineficacia y no puede repetir lo que hubiera dado en virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que el otro le hubiese prometido." Ninguna objeción a las dos últimas consecuencias que señala, pero sí a la primera que, según creo, no ha reiterado Díez-Picazo en su obra posterior y que pone de manifiesto que la confusión de que aquí acusamos a la jurisprudencia contencioso-administrativa también se ha dejado sentir en Derecho civil.

32. DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho civil, op. cit.,* II, vol. 2º, p. 383. Muy expresivamente recoge este fundamento CERDÁ OLMEDO, M., *Nemo auditur..., op. cit.,* p. 1193-1194: "Según este fundamento, la máxima tiene por misión evitar el planteamiento de situaciones inmorales *in pretorio*. La majestad de la Justicia estaría así preservada de roces infames. 'Hay algunas causas –escribe Larombière– que los magistrados no pueden oír discutir delante de ellos sin el riesgo de manchar su toga; es inadmisible que tengan que decidir, entre dos tenedores de un burdel, cuál de ellos tiene razón. Es contrario a la decencia oír hablar de semejante proceso... La Justicia se esconde con un ademán de indignación y de asco'. Y en este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia francesa: 'El templo de la Justicia debe cerrarse ante el que exhibe su deshonor y hace título de lo que debería ser su desvergüenza' (Tribunal de Limoges, 27 de noviembre de 1844). Estas fórmulas, y otras semejantes, indican que se trata de proteger a la Justicia, pero, en realidad, a través de la Justicia, se trata de proteger a los seres que la representan, a los magistrados. Se tiende con ello a proteger a la Magistratura, que sufriría con la audición de los actos inmorales. Por tanto, según esta postura, la regla *nemo auditur* tiende a salvaguardar la dignidad del Tribunal, la respetabilidad de los jueces y el decoro de su función."

33. Según DELGADO ECHEVERRÍA, J., "en nuestro Código, la finalidad penal es evidente en el artículo 1305 y creo que tiñe todo el ámbito de éste y del siguiente artículo", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, op. cit.*, XVII, vol. 2º, p. 446.

34. CERDÁ OLMEDO, M., *Nemo auditur..., op. cit.*, p. 1195, afirma que "la aplicación del adagio provoca situaciones de verdadera injusticia, en contradicción con la equidad. Efectivamente, se da una contradicción en declarar que un convenio es nulo y a la vez mantener la producción de sus efectos, en contra de la regla *quod nullum est nullum producit efectum*, perjudicando en muchas ocasiones, no a las dos partes culpables, sino a la más excusable de ellas, víctima quizá de la habilidad o mala fe del contrario. En tales ocasiones sería más ajustado a la moral destruir la eficacia de la convención inmoral que dejar subsistir algunos efectos favoreciendo a una de las partes". Igualmente, ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, I, vol. 2º, 14ª ed., Barcelona, 1996, p. 439, afirma que lo que establece el Código civil con su consagración del *nemo auditur* "parece un saludable castigo para el que no puede obtener la restitución, pero no menos resulta un premio para el otro, que es tan culpa-

8.3. ¿Recepción del genuino *nemo auditur* en el Derecho administrativo?

¿Puede concederse un lugar a esta verdadera y genuina regla del *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en Derecho administrativo? No conozco ningún supuesto en que los tribunales contencioso-administrativos españoles hayan aplicado, aunque sea con adaptaciones o matizaciones, el *nemo auditur* y que, en consecuencia, hayan negado la restitución de las prestaciones realizadas en virtud de contrato nulo por la inmoralidad o ilicitud cualificada de la causa o el objeto, ninguna sentencia contencioso-administrativa en que se hayan invocado con alguna propiedad los artículos 1305 y 1306 del CC o la regla que late en ellos. Con una sola excepción, la doctrina española no se ha planteado siquiera esa posible aplicación que, salvo error, no ha suscitado controversia ni interés.[36] En Francia, por el contrario, el *Conseil d'Etat* ha acogido el *nemo auditur* en relación con los contratos administrativos y la doctrina así lo acepta y explica.[37] Quizá esa experiencia francesa y las soluciones razonables a que ha conducido en los contados casos en que se ha aplicado, según lo entiende la doctrina gala, incline a aceptarlo también en nuestro Derecho administrativo. Pero, aunque no hay obstáculos insalvables a esa recepción del *nemo auditur* en nuestro Derecho administrativo y aunque realmente no resultaría aplicable nada más que en supuestos muy excepcionales, hay argumentos en contra. Todo cuanto antes dijimos negando que se trate de un principio general del Derecho, o sobre su carácter excepcional, y sobre su fundamento, naturaleza y discutida justicia, pone en cuestión el acierto de integrar esta regla en el Derecho administrativo. Súmese a ello que lo que consagra la legislación de contratos públicos es sólo la restitución de las prestaciones realizadas en virtud del contrato nulo, sea cual fuere la causa de nulidad, incluida la de la causa torpe o inmoral (artículo 65 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas: "debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubieran recibido en virtud del miso", esto es, en virtud del contrato anulado); es decir, una regla equivalente a la del artículo 1303 del CC, pero sin la excepción que éste contiene ("salvo lo que se dispone en los artículos siguientes"), y que se plasma precisamente, entre otros, en los artículos 1305 y 1306. Además, si la causa inmoral hubiera concurrido en las autoridades y funcionarios administrativos, podría resultar injusto y absurdo que la Administración posteriormente, cuando quisiera deshacer el entuerto, no pudiera conseguir la restitución de los fondos o bienes públicos empleados. Pese a todo, los obstáculos no son insalva-

ble como aquél". Pero también hay opiniones favorables. CERDÁ OLMEDO cita en *op. cit.*, p. 1188-1189, nada menos que al mismísimo Santo Tomás de Aquino que, por lo visto, en su *Summa theologica* razonaba que "las ganancias de las meretrices proceden de un contrato inmoral, pero las partes acuerdan el precio voluntariamente, y privar de éste a la ramera es grave injusticia, por lo que se establece la imposibilidad de repetir lo pagado. Al cliente que no paga voluntariamente no se le puede obligar a hacerlo, pero si paga, ya no puede repetir. Se trata de mantener el *statu quo* como solución más justa. Santo Tomás cita otros casos en que esto ocurre, como en la simonía."

35. Afirma, así, ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, *loc. cit.*, que "la jurisprudencia no mira con excesiva simpatía la aplicación de ese derecho a no devolver lo que inmoralmente se recibió. Y siempre halla alguna razón para que no prospere cuando el que se queda con lo de la otra parte, no pierde a cambio lo que éste tenía de él".

36. Véase REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*, Madrid, 1995, p. 371.

37. DE LAUBADÈRE, A.; MODERNE, F.; DELVOLVÉ, P., *Traité des contrats administratifs*, 2ª ed., París, 1983, tomo I, p. 576-577, tras señalar que la regla general es el aniquilamiento de los efectos del contrato administrativo anulado, afirman: "Sin embargo, en los contratos administrativos como en los contratos civiles, la regla *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* puede ser invocada y permitir a la parte que ha recibido rechazar la restitución a su cocontratante."

POUYAUD, D., *La nullité des contrats administratifs*, París, 1991, da cumplida cuenta de las posibilidades y aplicaciones de la regla en los contratos administrativos inválidos. Refiriéndose a los contratos administrativos inmorales por su causa o por su objeto (p. 168, 170 y 485 y ss.), recoge la regla *nemo auditur* para expresar sólo la irrepetibilidad de las prestaciones realizadas por el contratante inmoral, pero sin que le impida alegar la causa de nulidad. Por ello, en los mismos términos en que aquí lo hemos apuntado, señala que la regla puede ser formulada más exactamente con "el adagio *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*". Comienza por recordar el significado del *nemo auditur* en Derecho civil y las críticas de que es objeto por mantener una situación de inmoralidad o por conducir a una injusticia. Pese a "estas consecuencias individuales criticables –explica– la regla se justifica por su función preventiva en tanto que disuade de concluir contratos inmorales". Sobre esta base civilista, "el juez administrativo ha tenido igualmente ocasión de aplicar este adagio", si bien, aunque había causa ilícita, "no se puede decir que fuese inmoral en el sentido de la jurisprudencia civil" más bien orientada a identificarse con lo impúdico (p. 487). De hecho, en uno de los primeros *àrrets* en que se aplicó (*Societé H. Olive*, de 25 de noviembre de 1921), ya el comisario del Gobierno hubo de precisar que "la palabra *turpitudo* tiene elasticidad suficiente para calificar la participación del Sr. Olive como tal. Hay otro cambio más al introducirse en Derecho administrativo: si la jurisprudencia civil francesa aplica el *nemo auditur* es conocida y afecta a las dos partes, el *Conseil d'Etat* la ha admitido cuando la inmoralidad sólo concurría en el contratista y no en la Administración. Se consigue así, según Pouyaud, evitar algunos inconvenientes que presenta en Derecho civil. "La aplicación por el juez administrativo de la máxima *nemo auditur* tiene un sentido particular, un poco diferente de su significado en Derecho civil y que la pone al abrigo de las críticas de inmoralidad y de injusticia." Por ello afirma que se trata de un ejemplo de toma en préstamo de instituciones civiles por el Derecho administrativo pero "adecuada a condiciones especiales" (p. 488).

En todo caso, como se habrá podido comprobar, se trata en esencia de la misma regla que con ese mismo nombre conoce el Derecho civil y no de nada similar a lo que nuestros tribunales contencioso-administrativos introducen con el nombre de *nemo auditur*. Si acaso, la misma Pouyaud, plantea alguna ampliación en la página 422. Se pregunta allí si las causas de nulidad absoluta pueden ser invocadas siempre por los dos contratistas. Ante algunos vicios (dolo y violencia alegados por el que incurrió en ellos, y error de la otra parte), excluye esa posibilidad. Como ella misma explica, eso se basa en que tales vicios son considerados de nulidad relativa. Y añade: "Pero no es necesario para justificar esta exclusión acogerse a la teoría de la nulidad relativa. La aplicación de la máxima *nemo auditur* permite llegar al mismo resultado." Aquí está dándole a esta regla un sentido más amplio y distinto del que realmente tiene. Aun así, aclara que no es ésa la aplicación que ha tenido en el contencioso-administrativo francés y, menos aún, en el Derecho civil. Dice en nota: "En Derecho civil, la máxima *nemo auditur* no priva al contratante del derecho a invocar la nulidad, sino solamente del derecho a obtener la repetición de las prestaciones que ha realizado [...]. Nos parece, sin embargo, que nada se opone a una aplicación generalizada de esta regla." Se trata, por tanto, de una opinión personal de la autora, que no encuentra ninguna justificación ni en la jurisprudencia ni en la doctrina civil ni administrativa y que, por lo demás, ni la misma Pouyaud desarrolla.

bles y no excluimos por completo que en algunos casos de causa inmoral o de ilicitud cualificada el *nemo auditur,* quizá con algunas adaptaciones, pueda justificar la negación de la restitución de las prestaciones realizadas. Desde luego, en las hipótesis en que concurra delito o falta la negación de la restitución podrá venir justificada, al margen del artículo 1305 del CC, porque el Código penal prevé el comiso. Pero, como decía, ni esto ha ocupado a la doctrina española ni nuestros tribunales se han planteado siquiera la cuestión.[38] Si el *nemo auditur* ocupa un cierto lugar en la jurisprudencia contencioso-administrativa es porque, bajo ese título, se alude a otra cosa.

9. El *nemo auditur* en la jurisprudencia contencioso-administrativa: nadie puede alegar su propia torpeza para obtener provecho y, en especial, para conseguir una declaración de nulidad que le beneficia

9.1. Otro *nemo auditur* cuya relación con la torpeza es muy diferente

Aunque, al parecer, no siempre los tribunales civiles han invocado con propiedad el *nemo auditur,*[39] nada comparable a su utilización en las sentencias contencioso-administrativas en las que desaparece toda relación con el sentido originario del adagio y aparece una nueva regla de contornos imprecisos, consecuencias variadas y fundamento y acierto muy discutibles. En esa extraña nueva regla el presupuesto de hecho no tiene ya nada que ver con la inmoralidad, ni menos aún, concretamente con lo deshonesto y lascivo, pues la torpeza de la que habla el brocardo se entiende, en el mejor de los casos, como falta de habilidad o destreza o, incluso, simplemente, con cualquier error o ilegalidad. Aunque se tenga una moral muy estricta, se estará de acuerdo en que la torpeza de que aquí se habla no tiene nada que ver con aquélla y, menos todavía, con lo deshonesto o impúdico. Y si, pese a todo, se quiere encontrar alguna inmoralidad o falta de ética, habrá que buscarla, si acaso, en el cambio de comportamiento, en la contradicción con la propia conducta... pero no, como en el auténtico *nemo auditur*, en la actuación originaria, en el contrato nulo o, más concretamente, en la atribución patrimonial con causa torpe. Tampoco las consecuencias tienen nada que ver, desde luego, con la que hemos visto en Derecho civil de negación de la restitución de lo entregado con causa inmoral sino que, dentro de la imprecisión de tan extraña regla inventada, suponen más o menos una limitación para invocar con éxito algunas alegaciones jurídicas que, en otro caso, sí se considerarían procedentes. En el tiempo del marketing, un buen eslógan puede servir para consagrar lo que sugiere aunque sugiera algo muy distinto de lo que realmente dice. Y eso es lo que ha pasado con el *nemo auditur propriam turpitudinem allegans,* que ha pasado a significar aquello a lo que más o menos suena.

Para intentar delimitar mejor qué pretenden decir los tribunales con su errónea alusión al *nemo auditur,* hay que descender ya al análisis de las sentencias. Y no cabe descartar que, salvo que ninguna de ellas se refiere a la negación de la restitución de lo entregado con causa inmoral, no tengan mucho más en común pues, una vez que se pierde el rigor, las variedades del error son casi infinitas. A cambio, lo que el *nemo auditur* pierde en contenido lo gana en categoría porque, de ser una regla excepcional muy discutida y criticada, pasa a ser para algunas de las sentencias que lo citan nada menos que un principio general del Derecho.

9.2. Aplicación de este *nemo auditur* contra el administrado

En algunas ocasiones, aunque muchas menos que la Administración, es el administrado quien ve limitadas por el *nemo auditur* sus posibles alegaciones. Así ocurre en la STS de 20 de mayo de 1992 (RJ 5092), que niega al recurrente la posibilidad de alegar la inconstitucionalidad de la Orden ministerial en la que inicialmente basó su solicitud: "si el expediente administrativo del caso se tramita y decide aplicando la Orden ministerial de 26 de abril de 1971, ello es porque fue instado por la recurrente, por lo cual ésta carece de legitimación para, posteriormente y una vez que tal resolución le fue desfavora-

38. Hay, sin embargo, un dictamen del Consejo de Estado que sí se pronuncia en contra de la aplicación del artículo 1306 del CC a los contratos administrativos, aunque con argumentos no demasiado claros ni convincentes y en un asunto en que no se sabe bien qué juego habría podido tener ese precepto: "las consecuencias de la nulidad en materia de contratos administrativos no se ajustan a iguales principios que en la contratación civil, al margen de la regla general de la restitución recíproca (artículo 47 del Reglamento de contratación del Estado y 1303 del CC). Y ello es así porque en la contratación administrativa incide un elemento diferenciado, el interés público, que impide considerar sólo la conmutatividad de las prestaciones recíprocas de las partes para atender también a la satisfacción de esos intereses generales en juego; y porque, asimismo, la voluntad de la Administración no es autónoma como la del particular en una relación civil sino siempre sujeta y ajustada a Derecho [...]. Y esa diferencia apuntada proviene de que los elementos típicos del contrato administrativo vienen modulados en cierta manera respecto de los civiles; la causa del contrato administrativo no es el correlato exacto de la causa contractual civil, ya que en la causa de la contratación pública se inserta necesariamente el elemento final de la actuación administrativa. Cuando concurre una prohibición legal no se afecta de modo propio y directo a la causa del contrato en el sentido civil (haciéndola torpe), sino que se pone de relieve una grave tacha del fin del contrato por la quiebra que la concurrencia de esa prohibición supone para el logro de los intereses públicos siempre presentes en toda actuación administrativa. Por ello el régimen jurídico de tal nulidad no puede establecerse trasladando una norma civil que contempla otro fallo estructural diferente en el contrato. Así ni la regla del artículo 1303 del Código civil *ni la del artículo 1306.2 del mismo cuerpo legal* (que es pieza esencial del *nemo auditur* como se ha explicado aquí) tendrían pleno y literal acomodo ante dicha situación" (dictamen núm. 2930/1995, de 14 de marzo de 1996, recopilación de doctrina legal de 1996, núm. 98).

39 DELGADO ECHEVERRÍA, J., en *Elementos..., op. cit.*, tomo II, vol. 2º, p. 385, y también en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, *op. cit.,* tomo XVII, vol. 2º, p. 453-454.

ble, olvidándose de sus *propios actos*, pretender la inconstitucionalidad de la Orden ministerial [...], pues una tal conducta procesal prohibida viene por el artículo 115.2 de la Ley de procedimiento administrativo (de 1958; en adelante LPA/58) en donde se plasma el conocido principio de *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*." La invocación del *nemo auditur* no puede ser más impertinente porque claro está que el peticionario ninguna culpa tenía de la inconstitucionalidad de la Orden ministerial y tampoco de que fuese la aplicable al caso y de haber basado su pretensión en ella porque, en principio, no tenía, parece, otro remedio.[40] Y, puestos a invocar el *nemo auditur* donde, ni siquiera deformado y retorcido viene a cuento, otras sentencias advierten que no sufre indefensión el demandante que ve rechazada una prueba documental cuando pudo y debió acompañar los documentos a su demanda: "sin que pueda válidamente alegar indefensión la parte causante de ella, conforme al adagio *nemo allegans turpitudinem suam est audiendus*" (STS de 18 de julio de 1995, RJ 6115). Verdaderamente, como es obvio, no hay indefensión en tales supuestos, pero la referencia a nuestra regla es totalmente superflua e incorrecta: naturalmente no sufre indefensión quien pudo perfectamente defenderse y no lo hizo por su negligencia o error.

Más atinada e ilustrativa –aunque, desde luego, dentro de la confusión generalizada sobre la *turpitudo* y el significado originario de la regla– es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 22 de julio de 1999 (RJCA 3106). Los hechos son pintorescos: el actor había resultado electo concejal por la candidatura Unión por Tresjuncos; el día de constitución de la nueva corporación, por razones que no hacen al caso, se negó a prestar juramento pero, pese a ello, se aceptó que se presentase como candidato a alcalde de Tresjuncos y que votase en la elección que, al parecer, no condujo a los resultados apetecidos. Tras comprobarlo, impugnó la constitución del Ayuntamiento y la elección de alcalde, todo ello viciado precisamente, según su argumentación, porque le habían permitido a él votar y ser candidato pese a no haber prestado juramento. Para la sentencia, "este alegato [...] incurre en lo manifiestamente inaceptable. Pretende alegar su propio incumplimiento de la legalidad para lograr la anulación del acto de constitución del Ayuntamiento. Admitir tal pretensión sería premiar la ilegalidad, incitar al incumplimiento de las normas y admitir la más grosera vulneración del principio de que nadie puede ir en contra de sus propios actos". Y añade, ya con cita expresa de nuestro aforismo, lo siguiente:

"Es un principio general del Derecho (artículo 1.4 del CC) [...] el de que nadie puede contradecir sus actos anteriores, principio que se concreta en otro según el cual nadie puede alegar en su provecho su propia torpeza (*nemo auditur turpitudinem suam allegans*), principio que emana, entre otros, de los artículos 1302, 1305, 1306, 1764 y 1270 del CC."

Con esa base, concluye que "las consecuencias de quien voluntariamente dejase de cumplir con sus obligaciones y pese a ello participase indebidamente en una votación sólo a él le pueden perjudicar y desde luego no puede pretender obtener provecho de las mismas".

9.3. Supuestos de aplicación de este otro *nemo auditur* contra la Administración

9.3.1. *Nemo auditur* y notificaciones erróneas. Primeras y sorprendentes aplicaciones del artículo 110.3 de la LRJPAC en contra de la Administración

Sirven para empezar y orientar sobre los derroteros de esta *jurisprudencia* las sentencias que acuden al *nemo auditur* para rechazar la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo alegada por la Administración por la falta de un recurso administrativo previo cuando ello fue debido a la notificación errónea de la propia Administración que indujo la equivocación

40. Si acaso, podría haber comenzado por recurrir la Orden ministerial incluso antes de saber cómo se aplicaría y si sus defectos le afectarían personalmente. Pero exigir ese comportamiento a los administrados es en muchos casos absurdo e injusto. Esta sentencia, en el fondo, según creo, se aproxima a aquella jurisprudencia que niega a quienes participan en los procedimientos de selección de contratistas o de personal de la Administración la posibilidad de impugnar después la convocatoria, las bases, el pliego o cualquier acto preparatorio o los que sean consecuencia directa de ellos, jurisprudencia que frecuentemente se pretende justificar en la doctrina de los actos propios. Véase al respecto COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho administrativo*, 12ª ed., Madrid, 2001, p. 406: "En el supuesto de que el contratista no impugne la resolución que aprueba el procedimiento de aprobación del contrato y presente sus proposiciones se entiende, por la regla *non venire contra factum proprium,* que consiente y por tanto acepta tal resolución, que deviene firme e inatacable"; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, 2ª ed., Madrid, 1989, p. 155, nota 78. En contra de esa jurisprudencia, por lo menos en supuestos de nulidad absoluta, me he manifestado en "La invalidez de los contratos administrativos", publicado en la obra colectiva coordinada por CASTILLO BLANCO, F., *Estudios sobre la contratación en las administraciones públicas*, Granada, 1996, p. 419-420, como antes lo había hecho PIÑAR MAÑAS, J. L., "El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria", en la obra colectiva *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Madrid, 1993, I, p. 783; BAÑO LEÓN, J. Mª. "Proyecto de Ley de contratos de las administraciones públicas", *Anuario del Gobierno Local*, 1995, p. 69: "hay que superar la vieja doctrina de que la participación en el concurso supone la aceptación de las cláusulas"; y p. 74: "habrá de quebrarse la doctrina jurisprudencial que veda impugnar indirectamente el pliego de condiciones"; y sobre todo el mismo GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 155-156, que además cita como doctrina correcta la contenida en la STS de 9 de mayo de 1975 que se aparta de la mayoritaria en estos términos: "tampoco puede sostenerse la aplicación a este caso de la reiterada doctrina jurisprudencial de que la aceptación de las condiciones del pliego y el consentimiento prestado a la convocatoria impiden la impugnación del concurso, pues este poder de atracción vinculante sólo puede admitirse cuando exista una adaptación a la normativa aplicable, mas no en cambio cuando [...] se incurre en omisiones o defectos sustanciales que afectan a su validez, ya que entonces se está por encima de los intereses personales y [...] por consiguiente su enmienda o corrección no depende de la voluntad de las partes."

del recurrente. Ejemplo de ello, entre otras, es la STS de 20 de mayo de 1992 (RJ 5095):

"es de retener que en la notificación de la resolución administrativa materia de impugnación [...] la Administración actuante indica al administrado interesado que la vía impugnatoria frente a la resolución que se le notifica es la jurisdiccional ante este Tribunal Supremo, de tal modo que si el notificado siguió las indicaciones de la Administración notificante y por ello acudió ante esta sala, la Administración que indujo a tal conducta, carece de legitimación para posteriormente alegar en su provecho y defensa la admisibilidad [*sic*] que ahora nos ocupa pues una tal postura procesal prohibida viene por el artículo 115.2 de la Ley de procedimiento administrativo (de 1958) cuando expresamente incorpora a nuestro ordenamiento jurídico positivo el conocido principio de que *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*."[41]

La supuesta consagración de este hipotético principio en el artículo 115.2 de la LPA/58 se reitera en otras muchas sentencias, como ya hemos visto y se seguirá viendo. Recordemos que el referido artículo 115.2 de la LPA/58 decía literalmente esto: "Los vicios y defectos que hagan anulable el acto no podrán ser alegados por los causantes de los mismos." El precepto tuvo la fortuna de pasar a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no sólo con idéntica redacción sino hasta con la misma numeración, artículo 115.2. Sólo tras la reforma introducida por la Ley 4/1999 ha cambiado el número y se ha mejorado mínimamente la redacción. Es ahora, tras la reforma de 1999, el artículo 110.3 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en lo sucesivo, LRJPAC) el que establece que "los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado". Pues bien, por sorprendente que resulte, según la sentencia transcrita, ese precepto incorpora al ordenamiento positivo "el conocido principio de que *nemo auditur propiam turpitudinem allegans",* y ése es justamente el que impide a la Administración alegar la causa de inadmisibilidad en cuestión. Claro está que si eso es así, están equivocados los civilistas que lo veían en los artículos 1305 y 1306 del CC que se parecen bien poco al artículo 115 de la Ley de procedimiento administrativo de 1958 o al actual artículo 110.3 de la LRJPAC. De ser verdad que en estos preceptos se incorpora el *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, habrá que aceptar, al menos, que no es el "conocido", aunque así lo califique la sentencia, sino otro que, al parecer, pugna por desbancar al genuino, acreditado y legítimo. Pero, aun prescindiendo de ello, no puede pasarse por alto que no es nada fácil encontrar relación entre lo que decía el artículo 115.2 de la LPA/58 o el actual artículo 110.3 de la LRJPAC y que la Administración no pueda alegar causas de inadmisibilidad basadas en la conducta del administrado a que ha conducido la notificación errónea porque esto no tiene nada que ver con un vicio de anulabilidad de un acto. Tampoco puede decirse que la Administración alegue en estos casos su propia torpeza –aun identificada con la simple comisión de errores– sino exactamente lo contrario: lo que pretendía era no tener en cuenta su propio error. De hecho, la misma conclusión de la admisibilidad de recursos contencioso-administrativos interpuestos con algún error inducido por una notificación con indicaciones equivocadas se encuentra en otras sentencias y en la doctrina sin que aparezca la más mínima alusión ni a esos preceptos de la legislación procedimental administrativa ni al *nemo auditur*.[42] Si acaso, se pone esa solución en relación con el principio de buena fe en el que, con alguna dificultad, podría encontrarse su fundamento.[43] De todas formas, conviene todavía observar que probablemente la esencia de esta doctrina no esté en que sea la propia Administración autora de la notificación errónea la que luego alega la causa de inadmisibilidad. No creo que la solución cambiase si la alegara, por ejemplo, un particular codemandado que ninguna culpa tuviera en los errores de la notificación. Y si realmente es así, se comprende

41. Con la misma finalidad, se acude al *nemo auditur*, por ejemplo, en las STS de 11 de julio de 1988 (RJ 5883), de 28 de enero de 1986 (RJ 70), de 21 de noviembre de 1985 (RJ 5570)... También es frecuente la invocación del *nemo auditur* en relación con las notificaciones erróneas en las sentencias de los tribunales inferiores: sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 1999 (RJCA 3481), sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 24 de septiembre de 1998 (RJCA 3950)...

Próximos a este tipo de supuestos son aquellos, casi más sorprendentes, en que el *nemo auditur* sirve para rechazar la causa de inadmisibilidad del acto consentido y firme, alegada por la Administración, cuando ésta no notificó a los interesados la resolución. Se lee así, por ejemplo, en la STS de 17 de mayo de 1989 (RJ 2104) lo siguiente: "notificación ésta que, al no ser nunca efectuada por la Administración, no cabe luego que ésta argumente que debido a su omisión se produjo la firmeza del acto cuya notificación se había precisamente solicitado al objeto dicho de poder ser recurrido en forma, dado el principio jurídico de que *nemo auditur propiam turpitudinem allegans."* Creo que huelga explicar la impertinencia de invocar aquí el aforismo y que para justificar que no se puede considerar acto consentido y firme a uno no notificado hay argumentos elementales que nada tienen que ver con la propia torpeza. Por ello, tampoco prosperaría esa alegación del acto consentido aunque la alegase un codemandado que no tuviese ninguna culpa de que no se hubiese notificado el acto.

42. Véase ALONSO IBÁÑEZ, Mª. R., *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*; Madrid, 1996, p. 220-221, y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español*, tomo III, Pamplona, 1997, p. 976-977.

43. Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo, op. cit.*, p. 82 y ss. Incluso así, el mismo Gónzalez Pérez reconoce que "es discutible hasta qué punto es ésta una consecuencia del principio de buena fe". Con carácter más general, en las páginas 172-173, presenta como concreción procesal del principio de buena fe a la "improcedencia de alegar la inadmisibilidad por motivos provocados por la propia parte demandada". En ningún caso, aparece como justificación de ello el *nemo auditur.* ALONSO IBÁÑEZ, Mª. R., *Las causas de..., op. cit.*, p. 316, cita concretamente como fundamento de esta jurisprudencia sobre "el rechazo de la inadmisibilidad en los supuestos de conducta irregular de la Administración pública que contribuye a la existencia de defectos procesales" el principio *venire contra factum proprium non valet,* a lo que hay que añadir, en cualquier caso, la tutela judicial efectiva y el principio *pro actione*.

que poco tiene que ver todo esto con una limitación subjetiva de las alegaciones por la culpa o el error anterior sino con un cierto valor objetivo que se otorga a lo indicado en las notificaciones y a la confianza que generan y que quiere protegerse.

9.3.2. El *nemo auditur* ante la falta de notificación de los actos favorables

Hay otro tipo de aplicaciones del *nemo auditur* también relacionadas con las notificaciones pero muy distintas de las anteriores. Se trata simplemente de reconocer eficacia a ciertos actos administrativos aunque no hayan sido notificados por la Administración. Ilustra esta jurisprudencia la STS de 9 de noviembre de 1981 (RJ 5025).[44] Los hechos que interesan se pueden resumir así: antes de acordarse la suspensión del otorgamiento de licencias, el Ayuntamiento había concedido expresamente determinadas licencias de demolición, pero no lo había notificado; basándose en esa falta de notificación, pretendía el Ayuntamiento que la licencia no era todavía eficaz y que, por tanto, le afectaba la suspensión de licencias acordada. Frente a ello, dice la sentencia que "los efectos de los actos administrativos se producen desde la fecha en que se dictan, como nos enseña el artículo 45.1 de la citada LPA (de 1958; ahora artículo 57.1 de la LRJPAC), y sin que la circunstancia de que el acuerdo [...] (el que concedía la licencia) no hubiera sido notificado al interesado altere, en perjuicio de éste, la eficacia temporal de aquél, pues tal omisión no puede ser alegada por la Administración causante de la misma, a tenor del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* plasmado en el artículo 115.2 de la reiteradamente citada LPA". Para llegar a la correcta conclusión de la sentencia, bastaba con afirmar sencillamente que, a diferencia de los actos que imponen deberes, los actos que reconocen derechos, por lo general, son eficaces desde que se dictan.[45] Nada tiene que ver con esto un hipotético incumplimiento del deber de notificar por parte de la Administración, incumplimiento que puede no existir: la notificación debe hacerse en el plazo de diez días (artículo 58.2 de la LRJPAC); mientras no transcurra ese plazo, la Administración no ha incumplido nada y, sin embargo, tampoco puede entenderse que el acto favorable no sea eficaz. Si la justificación hubiera de encontrarse en alguna "torpeza" de la Administración se llegaría a la conclusión de que antes de que transcurran los diez días sí cabría aceptar la ineficacia del acto favorable no notificado. Así que, en definitiva, la alusión al *nemo auditur* no sólo es impertinente y superflua sino que, además, conduce a conclusiones injustas.

9.3.3. *Nemo auditur* y silencio administrativo

En algún caso se argumenta el *nemo auditur* para impedir que la Administración se beneficie del incumplimiento del deber de resolver expresamente. Curioso es el supuesto de la STS de 16 de julio de 1997 (RJ 6034) en el que era la Administración la que basaba su decisión –en concreto, declaración de caducidad de una licencia de obra– en un previo silencio positivo. Frente a ello, el recurrente argumentó que como su solicitud nunca se resolvió, seguía sin transcurrir el plazo de caducidad de la licencia. Según lo explica la sentencia, "se alega [...] que, aun en el supuesto de que el silencio positivo se hubiera producido, sus efectos pueden ser alegados en su favor por el administrado, pero no (como ocurría aquí) por la Administración en contra de aquél"; todo ello "con apoyo en el artículo 115.2 de la LPA" de 1958, que, para la sentencia apelada, como para otras muchas, es "aplicación positivada del principio general del Derecho expresado en el brocardo *allegans propiam turpitudinem non auditur*". Y, en efecto, esto es lo que acepta el Tribunal Supremo al decir que tanto en el caso del silencio negativo como en el del positivo "no es lícito a la Administración beneficiarse del incumplimiento de su deber de resolver expresamente porque hay, en efecto, un principio general del Derecho (expresado con distintas formulaciones en el artículo 115.2 de la LPA y en el artículo 1288 del CC) según el cual *ningún infractor puede alegar en su propio beneficio su incumplimiento de las normas*, principio a través del cual se pretende introducir en el campo jurídico un valor ético. Y la diferencia de naturaleza entre el silencio negativo (que es una pura ficción en favor del administrado) y el silencio positivo (que provoca un auténtico acto administrativo) no les hace distintos a este respecto ya que en ambos casos el silencio se ha producido por una conducta ilegítima de la Administración que no puede redundar en su beneficio". Discutible es que el silencio positivo no pueda de ninguna forma ser invocado por la Administración por la única razón de que, naturalmente, tiene su origen en el incumplimiento de su deber de resolver expresamente en el plazo. Por esa vía se llegaría al absurdo de que la Administración tampoco pueda

44. Asimismo, aunque más confusamente, otras como la STS de 19 de febrero de 1992 (RJ 2909).

45. Así lo explica VEDEL, G., *Derecho administrativo*, traducción española, Madrid, 1980, p. 160. Y no sólo no hay inconveniente en aplicar ese régimen en el Derecho español sino que así lo ha hecho ya el propio Tribunal Supremo en algún caso sin acudir, desde luego, al *nemo auditur*. Sirva para probarlo su sentencia de 18 de febrero de 1998 (RJ 1224) según la cual, también en un supuesto de otorgamiento de licencia no notificado, la regla de la eficacia demorada a la notificación "se refiere sólo a los actos no favorables al interesado, pues en otro caso quedaría a merced de la Administración demorar *sine die* los efectos de los actos favorables con sólo no notificarlos". Véase LÓPEZ MERINO, F., *La notificación en el ordenamiento jurídico español*, Granada, p. 312-313, y BOCANEGRA SIERRA, R., *Lecciones sobre el acto administrativo*, Madrid, 2002, p. 113-114. BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, p. 171 a 174, distingue, incluso para un mismo acto, distintos efectos: unos se producen desde que se dicta (p. ej., obligación de conservación para la Administración de los actos favorables) y otros requieren la notificación.

alegar en contra del administrado el silencio negativo que también tiene su causa en un incumplimiento administrativo. Pero, con independencia de ello, debe destacarse el hallazgo de que el artículo 115.2 de la LPA/58 y el artículo 1288 del CC (que establece que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a quien hubiera ocasionado la oscuridad) expresan el mismo "principio general del Derecho según el cual ningún infractor puede alegar en su propio beneficio su incumplimiento de las normas".[46]

9.3.4. El *nemo auditur* ante los defectos de forma y de competencia: en especial, la Administración no puede alegar los vicios invalidantes –ni siquiera los de nulidad de pleno derecho– que ella misma originó

El *nemo auditur* se ha invocado también ante otros defectos de forma cometidos por la Administración y justamente para impedir a ésta que los alegara con éxito como vicios de su propia actuación y en perjuicio del administrado. En realidad, esta jurisprudencia ofrece muchas variantes.[47] Pero entre ellas destaca por su abundancia e importancia la que, en resumen, consiste en afirmar que la Administración ni puede alegar la nulidad de sus actos y contratos cuando se basa en su propia actuación ilegal. Así se ve, por ejemplo, en la STS de 22 de octubre de 1991 (RJ 7536). En síntesis, el supuesto era éste: en un contrato de obras cuya ejecución no excedía de seis meses en que se había pactado la revisión de precios, pero ello sin que la Administración hubiera pedido el informe de la Junta Consultiva de Contratación que era preceptivo para incluir esa cláusula en contratos de esa corta duración; la Administración alegó esa omisión procedimental para justificar la invalidez de la cláusula y para, en consecuencia, negarse a aplicarla y a pagar la cantidad resultante. Pero para la sentencia, si "la Administración formalizó el contrato de obras sin cumplimentar tal requisito del informe previo *sibi imputet*, sin que pueda hacer recaer las consecuencias de sus propias irregularidades formales en su contraparte, tal como nos enseña el artículo 115.2 de la LPA (de 1958) [...] recogiendo el viejo principio general de derecho de *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*".[48]

Un paso más se da cuando los tribunales rechazan la anulación de un acto administrativo por vicio de incompetencia del órgano que actuó cuando ello es alegado por la propia Administración. Ejemplifica esta afirmación la STS de 23 de noviembre de 1984 (RJ 5956). Simplificando mucho, se trataba de que la Corporación Metropolitana de Barcelona se negaba a cumplir un convenio expropiatorio alegando que el órgano que intervino (la llamada Comisión Administrativa) no era el que tenía en la Corporación la competencia expropiatoria (que correspondía al Consejo Metropolitano). Junto a invocaciones a la buena fe, no respetada por la Corporación según la sentencia, se afirma además:

46. También se relaciona al *nemo auditur* con una falta de resolución administrativa expresa en la STS de 26 de noviembre de 1992 (RJ 8968) aunque en este caso sin que mediara silencio administrativo. Un arquitecto, cumpliendo el contrato, entregó el anteproyecto de Rectorado de la Universidad de Extremadura sin que la Administración adoptase ningún acuerdo. Ante ello, procedió a la redacción y entrega del proyecto y, después, a reclamar la retribución que la Administración negó alegando que nunca había aprobado el anteproyecto. Ante ello, la sentencia dice que "al no haber la Administración contratante, ni puesto reparo alguno, ni denegado nunca de forma expresa la aprobación del anteproyecto [...] no puede la Administración que así incumple sus obligaciones formales obtener consecuencias favorables de una tal conducta a tenor del conocido principio de que *nemo auditur propiam turpitudiem allegans*".

47. Por ejemplo, STS de 23 de septiembre de 1992 (RJ 7058): la Administración, ante la solicitud de convalidación de un título universitario extranjero, no pidió, pese a ser preceptivo, el informe de la Comisión Mixta prevista al efecto en el correspondiente Convenio de Cooperación Cultural, omisión que luego arguye para negar que se conceda la convalidación. Pero la sentencia afirma:

"el defecto o vicio de procedimiento resultante de tal proceder no puede producir efectos dañosos para los administrados, tal y como establece el artículo 115.2 [de la LPA/58] cuando en él se recoge el principio jurídico *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*."

La misma idea late en la STS de 22 de marzo de 1988 (RJ 2462) ante la suspensión de iniciación de las obras por falta de licencia municipal y otros problemas, suspensión que no fue formalmente declarada pero que, de hecho, se produjo. De ahí que se entienda que el contratista cumplió en el plazo pactado contado desde que realmente pudo comenzar: "el hecho de que la autoridad u órgano que celebró el contrato no dictase resolución al efecto, en modo alguno puede perjudicar a quien, como la recurrente, es ajena a tal omisión o incumplimiento de obligaciones legales, como específicamente nos enseña el artículo 115.2 de la LPA (de 1958) cuando recoge el principio jurídico de que *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*."

También la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de abril de 1999 (RJCA 1523) utiliza el *nemo auditur* para afirmar el cumplimiento del contratista y su derecho a los intereses con el aliciente adicional de conectarlo con el artículo 1306 del CC (o sea, el que recoge el verdadero y tradicional *nemo auditur*) aunque no tenga nada que ver con lo afirmado: "en virtud de la regla *nemo propiam turpitudinem allegare potest* (artículo 1306 del CC), el Ayuntamiento no puede alegar su propia torpeza para pretender ahora la carga de la culpa al contratista, pues a aquél corresponde obtener los terrenos y las autorizaciones pertinentes."

El mismo Tribunal, en su sentencia de 7 de enero de 2000 (RJCA 22) se sirve de la regla para negar que la Administración pueda no devolver la fianza al contratista que, al parecer, había ejecutado con defectos las obras, por la razón de que la Administración no había reaccionado ante ello conforme a las previsiones de la legislación de contratos: "esas deficiencias de procedimiento [...] demorando indefinidamente una recepción provisional y luego negándose a la recepción definitiva, pero sin comunicar al contratista las deficiencias, [...] no pueden oponerse ahora en perjuicio del contratista de conformidad con el aforismo *nemo turpitudinem allegans*." Pero no se entiende el razonamiento: lo que el Ayuntamiento alegaba eran los defectos de construcción y el único problema para aceptar que, en efecto, no procedía devolver la fianza era que no había comunicado formalmente al contratista tales defectos por los que se negaba a recibir la obra; el Ayuntamiento no alegaba su propio incumplimiento de las normas (la falta de recepción) sino los defectos de la prestación del contratista; y lo que la sentencia hace, en el fondo, es dar por perfectamente cumplidas las obligaciones del contratista por el hecho de que la Administración no denunció con las formalidades necesarias el incumplimiento. Francamente, la relación con el *nemo auditur* –incluso con su peculiar versión administrativa– no se ve con claridad.

48. Semejante es la STS de 1 de febrero de 1982 (RJ 603): "no es aceptable que el Ayuntamiento alegue la improcedencia de la revisión de precios por haber infringido lo establecido en el artículo 2 de dicho Decreto ley respecto a la exigencia de resolución motivada para la inclusión de la cláusula" porque "es principio general de Derecho –admitido jurisprudencialmente e inspirador del artículo 115.2 de la LPA [de 1958]– que *allegans propiam turpitudinem non auditur*".

"Que ante la situación creada por la actividad administrativa es [...] aplicable el principio *propiam turpitudinem allegans non auditur* por el que no cabe alegar ni amparase en los propios errores."

Con ese significado, hay otras muchas sentencias contencioso-administrativas que proclaman el mismo "principio" de que la Administración no puede alegar los vicios que ella misma ha originado sin el equivocado envoltorio del *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* pero ya sin limitarlo a defectos de forma o competencia incluyendo algunos que inequívocamente son de nulidad como, por ejemplo, la falta de consignación presupuestaria. Basten algunos ejemplos:

–STS de 9 de marzo de 1966 (RJ 1162): "no es lícito invocar un motivo invalidatorio que [...] derivaría de irregularidades de la propia Administración frente al administrado."

–STS de 4 de julio de 1966 (RJ 5575) y de 22 de enero de 1975 (RJ 8):

"Si la Administración procedió irregularmente *no puede alegar su vicio en miras de anular lo concertado* con la virtualidad que da el artículo 1258 [...] ya que en Derecho positivo no lo permiten el artículo 1302 del CC del mismo Código civil, en lo concerniente a la contratación, y el artículo 115.2 de la LPA (de 1958) [...] en lo que atañe a los actos administrativos, preceptiva a que se amolda naturalmente la doctrina de estas salas al declarar que *nadie puede invocar a su favor el motivo de nulidad que haya originado*."

–STS de 10 de noviembre de 1975 (RJ 188): "ni es aceptable que se invoque en propio beneficio un defecto contractual imputable a quien pretende obtener provecho de él."

–STS de 20 de abril de 1976 (RJ 2345): "nadie puede invocar en su favor el motivo de nulidad que haya originado."

–STS de 3 de noviembre de 1980 (RJ 4255): reitera, exactamente igual que la anterior, que "nadie puede invocar a su favor el motivo de nulidad que haya originado".[49]

–STS de 25 de junio de 1981 (RJ 2483), de 8 de febrero de 1983 (RJ 550) y de 8 de marzo de 1984 (RJ 1384): califican como principio general "aquél que por similitud con la prohibición de beneficiarse de las cláusulas oscuras de un contrato a quien hubiese ocasionado la oscuridad (artículo 1288 del CC)" o con la otra prohibición de "alegar la persona capaz la incapacidad de aquél con quien contrato (artículo 1302 del mismo cuerpo legal), *impide invocar a su favor el motivo de nulidad que se haya originado por su proceder*".

–STS de 29 de septiembre de 1986 (RJ 6096): "la Administración no puede invocar sus propias infracciones para incumplir los compromisos contraídos."

–STS de 23 de diciembre de 1986 (RJ 1567 de 1987): "este Tribunal viene declarando [...] que los defectos de forma no pueden ser alegados por la corporación causante de los mismos."

–STS de 9 de octubre de 1987 (RJ 8321): vuelve a considerar principio general el que "impide invocar a su favor el motivo de nulidad que haya originado con su proceder" y a deducirlo por su "similitud con la prohibición de beneficiarse de las cláusulas oscuras de un contrato a quien hubiese ocasionado la oscuridad (artículo 1288 del CC)" o aquella otra prohibición de "alegar la persona capaz la incapacidad de aquél con quien contrató" (artículo 1302 del CC).

–STS de 2 de enero de 1990 (RJ 148): "no pudiendo perjudicar los derechos de tercero las causas de anulabilidad [...] de las que aparece como responsable la Administración" según del artículo 115.2 de la LPA/58.

–STS de 31 de marzo de 1999 (RJ 3270): "En cuanto a las demás causas de nulidad que se invocan (por el propio Ayuntamiento) [...] la sala considera correcta la argumentación de la sentencia en el sentido de que conforme dispone el artículo 115.2 de la LPA, el inadecuado proceder de la Administración no puede oponerse por ésta al tercero."

Sin necesidad de más pruebas, puede reconocerse que la jurisprudencia contencioso-administrativa reiteradamente reconoce y proclama, con unas u otras fórmulas, pero con pequeñas variantes, que la Administración no puede alegar las ilegalidades debidas al propio comportamiento para obtener una anulación que le beneficia.

10. Crítica de la jurisprudencia contencioso-administrativa del *nemo auditur*: no es cierto que no quepa alegar los vicios debidos a la propia conducta; en especial, puede hacerlo la Administración y es lo característico de la nulidad de pleno derecho

10.1. La doctrina sólo ha aceptado este peculiar *nemo auditur* como limitación para el administrado y respecto a vicios de anulabilidad

Ni siquiera con ese peculiar significado que le da la jurisprudencia contencioso-administrativa, todas las sentencias que lo citan lo hacen con alguna propiedad y acierto. Algunas de ellas, como se ha ido exponiendo, no partían de ningún incumplimiento, de ninguna ilegalidad, de ninguna omisión de cualquier requisito o formalidad. El ejemplo de la citada STS de 20 de mayo de 1992 (RJ 5095) impidiendo al recurrente alegar la inconstitucionalidad de la Orden ministerial en la que inicialmente basó su petición es suficientemente revelador.

49. Sobre esta sentencia, RODRÍGUEZ MORO, N., "Es obligado el pago del importe de las obras realizadas en favor de un ayuntamiento aunque el contrato se hubiere celebrado por el alcalde con infracción de la normativa legal", *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 202 (1981), p. 737 y ss.

Otras muchas se explican mejor atendiendo a la protección de la buena fe (o de la confianza legítima) o, concretamente, a la doctrina de los actos propios u otras reglas, como la de la eficacia inmediata de los actos administrativos favorables. Pero, depurado de todas estas desviaciones, excesos o citas superfluas, sigue quedando algo distinto que no se puede explicar ni siquiera como una aplicación del principio de buena fe o como una ampliación del *venire contra factum proprium non valet*. Es esa negación de la posibilidad de obtener provecho de las propias ilegalidades y, más concretamente, la exclusión de alegaciones de vicios invalidantes de los actos administrativos que el mismo sujeto que los alega ha originado con su comportamiento. Si este impropio y advenedizo *nemo auditur* añade algo nuevo de interés es precisamente esa negación de alegar como motivo de invalidez de los actos administrativos los vicios debidos a los propios incumplimientos. Así, en suma, lo que se quiere decir es que nadie puede alegar las ilegalidades debidas al propio comportamiento para obtener una anulación que le beneficia. En concreto, tratándose de relaciones jurídico-administrativas, significa que ni la Administración puede alegar las ilegalidades cometidas por ella para lograr en su beneficio la anulación de sus actos, ni lo puede hacer el administrado en la medida en que también su comportamiento puede determinar vicios de los actos administrativos.

Esta tendencia, que parece poco a poco ir reafirmándose en nuestra jurisprudencia, no es exclusiva del Derecho español. Una breve referencia a la doctrina argentina, que se ha ocupado explícitamente del *nemo auditur* en el Derecho administrativo, sirve para corroborarlo. Mairal escribió hace sólo unos años que "la jurisprudencia ha decidido que no rige, respecto de la Administración, la regla que impide invocar la propia torpeza".[50] Pero más recientemente Gordillo presenta a esa misma jurisprudencia como parcialmente desfasada o superada: "Mientras en Derecho privado no se puede alegar la propia torpeza (*nemo propriam turpitudinem allegare potest*), en el Derecho administrativo antiguo [*sic*] la Administración sí podía hacerlo, sea revocando los actos ilegítimos [...] sea pidiendo en sede judicial, tanto por acción como por reconvención, la nulidad de su propio acto." Pero, dice, "cada vez se afirma más en nuestro Derecho la tendencia contraria a que la Administración invoque su propia torpeza, argumentando de diversas y persuasivas maneras". Con todo, en realidad, del panorama que ofrece puede deducirse que, más que una verdadera prohibición de alegar las propias torpezas, lo único que hay es una prudente aplicación de los principios de seguridad jurídica y buena fe.[51]

La doctrina administrativa española, en general, no llega a proclamar, al menos no con tanta amplitud y rotundidad, tal supuesto principio de que nadie puede alegar los vicios de nulidad de los actos administrativos debidos a la propia actuación ilegal. Frecuentemente no es aludido de ninguna forma. En algún caso, los autores se limitan a dar noticia de esta jurisprudencia sin cuestionarla.[52] En otros, aparece sólo como un límite para el administrado, sin referencia alguna a la Administración. En esta línea, García de Enterría y Fernández Rodríguez, al analizar los vicios de la voluntad declarada en los actos administrativos, recuerdan que "las personas que hayan determinado o inducido al error, la violencia o la intimidación, el dolo, no podrán invocar el vicio por ellas causado o al que ellas han contribuido, ni tampoco intentar beneficiarse del acto producido", lo que precisamente anudan al "principio general de Derecho, proclamado por nuestra jurisprudencia, *allegans propriam turpitudinem non auditur*, de la propia torpeza no pueden obtenerse beneficios, principio que recoge parcialmente el artículo 115.2", ahora, 110.3 de la LRJPAC.[53] Nótese, por tanto, que no deducen de aquí ningún límite para la Administración: sólo para el administrado y, en realidad, sólo respecto a determinados vicios de manera prácticamente idéntica a lo dispuesto en el artículo 1302 del CC, al que no citan. Junto a ello, otro límite también para el administrado: si es la Administración la que pretende anular el acto administrativo obtenido con violencia o intimidación o dolo por el administrado o

50. MAIRAL, H. A., *La doctrina de los propios actos y la Administración pública*, Buenos Aires, 1988, p. 78, donde cita jurisprudencia y doctrina en apoyo de su afirmación. Después, en la página 102, reitera: "la Administración puede plantear la nulidad de los actos administrativos firmes que ha dictado y que considere viciados en su legitimidad, sin que quepa oponerle el *factum proprium* ni, ha dicho la jurisprudencia, la regla que prohíbe invocar la propia torpeza."

51. GORDILLO, A., *Tratado de Derecho administrativo,* tomo 3, "El acto administrativo", 5ª ed., Buenos Aires, p. XX-7 a 9. Además, luego parece reconocer que sólo hay "síntomas que parecen preanunciar el cambio formal", que sólo hay "el caldo de cultivo para un cambio". Al parecer, una incipiente tendencia similar puede observarse en el Derecho inglés, tendencia en la que juega un cierto papel el *nemo auditur*. Véase SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D., "El principio de confianza legítima en el Derecho inglés: La evolución que continúa", REDA, 114 (2002), p. 249 a 251.

52. Así, en concreto, SAINZ MORENO, F., en su precursor y excelente estudio "La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados", RAP, 89 (1979), p. 313, que presenta a esta aplicación jurisprudencial del *allegans propriam turpitudinem non auditur* como una concreción del principio de buena fe. Y en la misma línea CASTILLO BLANCO, F., *La protección de confianza en Derecho administrativo*, Madrid, 1998, p. 259. Véase también MORELL OCAÑA, L., "La lealtad y otros componentes de la ética institucional de la Administración", REDA, 114 (2002), p. 193. Más atención recibe en PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.), *La reforma del procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Madrid, p. 292-293, donde AGUILAR ROS, R., afirma que el nuevo artículo 110.3 de la LRJPAC "no es sino la expresión del principio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* [...] principio invocado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo".

53. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, 10ª ed., Madrid, 2000, p. 553. Debe observarse, no obstante, que el artículo 110.3 de la LRJPAC se refiere a vicios de anulabilidad mientras que algunos de los que citan estos autores podrán considerarse incluidos en la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.d) de la LRJPAC.

por error inducido por éste –todo lo cual relacionan con la obrepción y subrepción–, no habrá derecho a indemnización, tal como refleja para un supuesto concreto la legislación urbanística (ahora artículo 44.2 *in fine* de la Ley 6/1988, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones); y, menos aún, cabe aceptar que el administrado que empleó esos medios determinantes de la invalidez pueda alegar, frente a la pretensión anulatoria de la Administración, la confianza legítima.[54]

10.2. Este *nemo auditur* no tiene fundamento positivo y, por el contrario, choca con los caracteres de la nulidad de pleno derecho y con el régimen de revisión de oficio

Más allá de esta limitación a las alegaciones del particular de ciertos vicios del acto administrativo debidos a su comportamiento, no se puede afirmar o confirmar este peculiar *nemo auditur,* lo que, sin embargo, no excluye que todas las consecuencias a que llega su aplicación sean equivocadas. Podría ocurrir que algunas sean correctas pero que realmente no se basen en la prohibición de alegar la propia ilegalidad sino en otros principios y reglas. Pero si, en efecto, son estos otros principios y reglas los que realmente justifican algunas de las soluciones a las que se ha llegado con aplicación del *nemo auditur*, importa mucho deshacer su falso fundamento, no ya sólo porque "la sentencia que falla bien y razona mal no satisface los ideales de la justicia", sino porque, al proclamar una supuesta regla general que prohíbe conseguir la nulidad de un acto administrativo alegando la propia ilegalidad, se llega indefectiblemente a otras muchas conclusiones equivocadas, excesivas y claramente contrarias a lo que establece el Derecho. Si el Tribunal Supremo no ha llegado a las conclusiones equivocadas y flagrantemente injustas a que conduciría la aplicación estricta de esta jurisprudencia, es porque no la aplica normalmente –al contrario, en infinidad de supuestos se aceptan nulidades basadas en vicios originados por el mismo que los invoca– sino sólo en algunos casos en que ve razonable impedir que prosperen las alegaciones de nulidad debidas al comportamiento del mismo que la invoca. Por mucho que se presente como una jurisprudencia basada en un supuesto principio general, es, en realidad, una jurisprudencia casuista que, en la mejor de las hipótesis, busca y logra la justicia del caso concreto y que, no encontrando mejores argumentos o huyendo de explicaciones más difíciles o embarazosas, echa mano de este tópico *nemo auditur*.

Lo cierto es que no sólo no se encuentra ningún fundamento sólido a este peculiar *nemo auditur* sino que choca frontalmente con la legalidad y con algunas instituciones capitales y perfectamente asentadas. Por lo pronto, sobre todo, con el significado y régimen jurídico de la nulidad de pleno derecho. También, más concretamente, con la revisión de oficio de los actos nulos y con el recurso de lesividad contra los actos anulables.

10.2.1. Los supuestos apoyos deducidos del Código civil: en particular, el artículo 1302 sólo se refiere a casos de anulabilidad, no de nulidad de pleno derecho, nulidad ante la que ni siquiera se considera aplicable la doctrina de los actos propios

Desde luego, el supuesto fundamento en el artículo 1288 del CC, que es uno de los más reiteradamente invocados, no resiste la crítica. La regla según la cual "la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad" puede, en efecto, aplicarse en Derecho administrativo, aunque con matizaciones.[55] Pero resulta casi inimaginable cómo podría deducirse de ello que nadie puede alegar los vicios que él mismo originó. Tanto que casi es difícil combatir una conclusión tan poco razonable. Bástenos decir que, salvo error u omisión, nadie ha deducido del artículo 1288 del CC que, en Derecho civil, las partes no puedan alegar los vicios que hayan originado. Algo parecido puede decirse de la insólita alusión al artículo 1270 del CC, que aparece en alguna ocasión como fundamento de nuestra regla y en el que es difícil encontrar relación con ella salvo por su exclusión del dolo empleado por las dos partes como determinante de invalidez, dolo doble que ni siquiera se daba en ninguno de los supuestos considerados. Por lo que se refiere al supuesto apoyo en los artículos 1305 y 1306 del CC, que ocasionalmente aparece en alguna de las sentencias como fundamento de la regla, casi no hace falta explicar a estas alturas que eso no es más que un juego de palabras basado en la homonimia inventada previamente: en efecto, los artículos 1305 y 1306 del CC consagran la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* con el significado que ya explicábamos antes que nada tiene que ver con el que le da la jurisprudencia contencioso-administrativa, hasta el punto de que esos artículos ni siquiera impiden alegar el vicio de nulidad consistente en la inmoralidad o ilicitud cualificada de la causa.

54. A este respecto, García Luengo, J., *El principio de protección de la confianza legítima*, Madrid, 2002, p. 353, habla precisamente del "principio según el cual nadie puede beneficiarse de su propia torpeza". Sobre todo, cuando en las p. 360 y ss., estudia las circunstancias que excluyen la protección de la confianza en el Derecho alemán, se pone de relieve la relación con nuestro objeto. Explica que se excluye la protección de la confianza cuando el destinatario ha obtenido dolosamente el acto, con fraude, intimidación o cohecho, así como cuando ha suministrado información incorrecta o incompleta. Tras ello afirma que "la evidente conexión [...] con el principio reiteradamente proclamado en nuestro Ordenamiento en general y en el Derecho administrativo en particular, *allegans propriam turpitudinem non auditur* o, dicho en otras palabras, que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza" (p. 384).

55. Véase Rivero Ysern, E. *La interpretación del contrato administrativo*, Sevilla, 1997, p. 116 a 119.

Más atinada es la referencia reiterada en las sentencias recogidas en el artículo 1302 del CC que, por ello, merece mayor detenimiento. Tras establecer la regla general de que cualquiera de las partes de un contrato puede ejercitar la acción de nulidad, establece: "Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato." Pese a alguna similitud y a un cierto campo común con la prohibición de que se aleguen los vicios invalidantes debidos a la propia conducta, hay diferencias notables por las cuales no se ha deducido de este artículo una regla similar en el Derecho civil. Muy por el contrario, según jurisprudencia y doctrina absolutamente dominante, el artículo 1302 del CC es sólo una pieza capital en el régimen jurídico de la anulabilidad de los contratos e, incluso así, necesitada de alguna matización porque no se trata sólo de que quienes emplearon esos medios no puedan invocarlos sino más exactamente que sólo los que sufrieron el dolo, la violencia, la intimidación... pueden hacer valer la anulabilidad basada en esos vicios. Pero, en cualquier caso, cuando se trata de nulidad de pleno derecho se afirma rotundamente que la puede alegar cualquier interesado incluido, desde luego, el mismo causante del vicio. Esto es casi un lugar común repetido una y mil veces. Y se aclara expresamente, incluso, que a ello no se opone la doctrina de los actos propios. Es especialmente clara la exposición de Delgado Echeverría precisamente al comentar el artículo 1302 del CC y poniendo de relieve que lo que este artículo consagra no es de ninguna forma aplicable a los vicios de nulidad de pleno derecho:

"La nulidad absoluta, aunque no genera una acción pública, puede hacerla valer cualquier particular que muestre un interés legítimo [...] En primer lugar, por tanto, puede hacerla valer cada uno de los contratantes [...], aun cuando haya causado voluntariamente la nulidad. La consideración que de este modo se fomenta la denuncia de la ilegalidad [...] triunfa sobre el principio de que nadie puede ir contra sus actos propios (éstos, para que actúe el principio, han de ser válidos, suele decir la jurisprudencia)."[56]

Por tanto, salvo que se rompa con una arraigada doctrina, el artículo 1302 del CC no puede invocarse como justificación de que no se puedan alegar los vicios de nulidad de pleno derecho generados por el mismo que los alega porque, lejos de ello, es presentado con "un carácter excepcional, al señalar los únicos casos en los que la nulidad no queda abierta a ambas partes contractuales, siendo todos ellos de anulabilidad".[57]

10.2.2. El artículo 110.3 de la LRJPAC tampoco justifica una regla con la amplitud del *nemo auditur* aplicado por los tribunales

Pero, sin ningún género de dudas, el precepto más insistentemente citado como fundamento de que nadie –y, en especial, la Administración– puede invocar los vicios

56. En *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, op. cit.*, XVII, 2º, p. 387-388. Cita después jurisprudencia civil que prueba definitivamente que, según el Tribunal Supremo, concordemente con la doctrina, los vicios de nulidad los puede invocar el que los originó sin que nada, incluida la doctrina de los propios actos, se oponga a ello. A las sentencias que cita pueden añadirse otras posteriores como la del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995: "El tipo de invalidez de que adolece la donación con defecto de forma es el de la nulidad absoluta"; por tanto, "no puede mantenerse que la doctrina de los actos propios permita amparar al donatario de donación nula frente al donante que la ratifica o cumple de modo voluntario y después acciona pidiendo la nulidad". Véase también DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los propios actos*, *op. cit.*, p. 201 y ss., sobre la aplicación de tal doctrina a supuestos de anulabilidad, pero no de nulidad. Sin embargo, su exposición a este respecto no es del todo clara. Por una parte, en la página 201, afirma que "se puede venir contra los propios actos realizados contraviniendo la ley y siempre que el acto sea absolutamente nulo". De otra, en la página siguiente dice: "Se viene lícitamente contra un *factum proprium* cuando se pretende la declaración de ineficacia de un negocio irregular, cualquiera que sea el tipo de ineficacia con que el ordenamiento jurídico sancione aquella irregularidad."

Aunque críticamente, PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, sintetiza con especial acierto esta jurisprudencia consolidada: en la página 131 afirma que si el contrato es nulo "cualquiera puede pedir la nulidad, incluso quien la ha causado. Ningún límite se impone a la legitimación para instarla, y la difusa doctrina de los actos propios nada tiene que hacer frente a la contundencia de las consecuencias de la nulidad". En la página 136 insiste: "El carácter *absoluto* de la nulidad, con el corolario de una legitimación abierta a todo interesado, propicia acciones de nulidad interpuestas por quien ha creado conscientemente o participado en el vicio invalidatorio del contrato; contratos con causa ilícita en los que una de las partes utiliza la nulidad protectora de la ley o de las buenas costumbres para desligarse de compromisos firmemente asumidos; contratos con deficiencias formales que son invocadas por quien los otorgó para recuperar bienes cuando cambiaron las circunstancias." En la página 145 dice: "nulidad y vinculación por los actos propios son cosas incompatibles." En las páginas 154-155 explica los supuestos fundamentos de esta construcción: "Si un contrato es nulo (por estar afectado de una causa de nulidad), es nulo para todos [...] Al ser una cualidad del mismo, el juicio de validez/nulidad es un juicio objetivo, un juicio de comprobación que sólo mira al contrato, y no a quien interpone la demanda de nulidad. De ahí que, necesariamente, si el contrato adolece de una causa de nulidad, cualquiera que interponga una demanda pidiendo que así se declare, vencerá en juicio; bastará, entonces, que esté interesado en una tal declaración."

57. PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad...*, *op. cit.*, p. 224. Pero debo reconocer que el mismo Pasquau, apartándose conscientemente de esa posición consolidada y dominante, afirma después, en la página 232, que "el artículo 1302, leído sin prejuicios, permite identificar en él una *ratio* que es perfectamente generalizable fuera de los casos expresamente mencionados en él [...]. Liberado de la lectura reduccionista que lo quiere referir exclusivamente a los casos de anulabilidad, el artículo 1302 no es más que expresión de claros principios generales, como el que prohíbe ir contra los propios actos y el que prohíbe el abuso de derecho". Y ya en esta línea llega a afirmar, en contra de la doctrina y jurisprudencia civil y casi como la jurisprudencia contencioso-administrativa que analizamos, lo siguiente: "no puede invocar la nulidad la parte contractual que voluntariamente ha creado la causa de nulidad (artículo 1306)", o sea, con apoyo en el mismo precepto del *nemo auditur*. Todas estas afirmaciones se inscriben en una construcción mucho más amplia y ambiciosa con la que Pasquau pretende montar las bases para una reconsideración del régimen jurídico de la nulidad y, entre otras cosas, articular una categoría de nulidades de pleno derecho relativas. Sobre ello volveremos luego brevemente. También he de reconocer que DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los propios actos*, *op. cit.*, p. 203, sí establece una relación directa entre este artículo 1302 del CC y el *nemo auditur*, aunque me parece que se trata de un error que no se refleja de ninguna forma en su obra posterior.

de nulidad que él mismo ha originado es el artículo 115.2 de la LPA/58, que, como ya explicamos, se contenía en idénticos términos en el artículo 115.2 de la Ley 30/1992 y con mínimas modificaciones, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, en el actual artículo 110.3 de la LRJPAC.

Algunas sentencias, como se ha visto, afirman que ese precepto es la formulación misma del principio o que este principio está expresamente incorporado al Derecho positivo por él; otras, más tímidamente, sólo dicen que el principio se deduce de él o que éste es una concreción o manifestación parcial de tal principio. Pero no me parece de ninguna forma que el artículo 110.3 de la LRJPAC –como tampoco, claro está, el anterior artículo 115.2 de la LPA/58– recoja o exprese el tan traído y llevado principio. No digo ya que no tenga nada que ver con las notificaciones erróneas ni con la imposibilidad de alegar la inconstitucionalidad de una norma en la que previamente se basó una petición... y otras aplicaciones ya completamente desviadas y antes criticadas y que, en realidad, ni siquiera encajan con el supuesto principio. Digo ahora que ese precepto no plasma ni refleja el principio de que nadie puede invocar los vicios de nulidad que haya originado.[58] Muy lejos de ello, el precepto sólo se refiere a los motivos de los recursos administrativos (porque está contenido en el capítulo dedicado a los recursos administrativos y, concretamente, en el artículo dedicado a la interposición de los recursos administrativos) y únicamente se refiere a "los vicios y defectos que hagan *anulable* un acto", no nulo de pleno derecho. Así las cosas, no hay inconveniente en extender la misma regla a los recursos contencioso-administrativos que interpongan los mismos particulares. Pero la extensión de la regla no puede ir más allá. Ni se puede extender a los vicios de nulidad de pleno derecho[59] alegados por los particulares que los hayan originado; ni, y esto es lo más importante, cabe extender la limitación del artículo 110.3 de la LRJPAC a la propia Administración que hace valer cualquier vicio invalidante al margen de un recurso, sobre todo si es un vicio de nulidad de pleno derecho.

Hay muchísimas razones para negar que del artículo 110.3 de la LRJPAC se pueda deducir la prohibición de alegar los vicios causados por uno mismo con la amplitud con que lo acepta la jurisprudencia contencioso-administrativa. Entre ellas que este precepto aparece claramente como una excepción a la regla general que se contiene ahora en el artículo 107.1 de la LRJPAC según el cual los recursos administrativos se pueden "fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley". Además, cuando la LRJPAC habla de "anulable" en el artículo 110.3 lo hace, como en toda la Ley, con plena conciencia, propiedad e intención, igual que antes lo hacía la LPA/58, y no hay ninguna razón para pensar que se equivoque al emplear ese término o que quisiera referirse indistintamente a nulidad y a anulabilidad. Todo lo contrario: el mismo régimen y significado de la nulidad de pleno derecho de los actos y de los contratos administrativos, según es generalmente explicado, lleva indefectiblemente a concluir que, en efecto, cualquier interesado puede invocar los vicios de nulidad radical, aunque sea él mismo el que los haya originado.[60] En realidad, el artículo 110.3 de la LRJPAC es casi una perfecta plasmación del régimen clásico de la anulabilidad. Este apartado, como su predecesor de la Ley de 1958, es el equivalente al artículo 1302 del CC, pero desprovisto ya de su casuismo y pasado por el tamiz de la teoría de las nulidades elaborada por la doctrina civilista y adaptada al Derecho administrativo. Por eso habla con toda precisión de anulabilidad y es completamente contrario a su letra, a su espíritu y a su rigor conceptual pretender deducir de ahí una regla válida también para los vicios de nulidad de pleno derecho.[61]

58. Y ni siquiera es una consecuencia de la buena fe. En contra, González Pérez, J. y Gónzález Navarro, F., *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Madrid, 1997, II, p. 1764, afirman que "puede considerarse esta limitación una aplicación del principio de buena fe". No creo que sea así sino que hay sólo una consecuencia del régimen típico de la anulabilidad.

59. Si del artículo 1302 del CC se puede llegar a pensar que si se identifica con la anulabilidad es sólo porque se lee con los prejuicios de la doctrina pero que no es imposible, liberado de tales prejuicios, aplicar el principio que late en él a la nulidad de pleno derecho, según dice Pasquau (véase la anterior nota 33), es imposible afirmar lo mismo del artículo 110.3 de la LRJPAC: se refiere sólo y exclusivamente a vicios que hagan "anulable" al acto. A lo sumo cabe decir que la LRJPAC está directamente influida por la teoría de las nulidades construida por la doctrina civilista según la cual sólo la anulabilidad tiene restringido el ámbito de los sujetos legitimados para alegarla.

60. En realidad, las cosas son incluso más radicales puesto que, como es sabido, siempre se afirma que la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos debe ser declarada incluso de oficio por el Tribunal, aunque nadie la pidiera y aunque el recurso haya sido interpuesto por persona no legitimada. Por todos, Cosculluela Montaner, L., *Manual de Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 348, y García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso...*, I, *op. cit.*, p. 612-613.

61. O sea, que el artículo 110.3 de la LRJPAC (antes 115.2) expresa muy claramente y con acierto lo que quiere decir y no hay base alguna para hacerle decir más de lo que dice. Por tanto, si acaso, podrá afirmarse que consagra el *nemo auditur* respecto del administrado recurrente y sólo en cuanto a ciertos vicios, como, según vimos, hacían García de Enterría y Fernández Rodríguez. A lo sumo, llevándolo más lejos de lo que lo hacían estos autores (que sólo se referían a los casos de dolo, intimidación, error o violencia), deben incluirse todos los vicios de anulabilidad, puesto que el artículo 110.3 de la LRJPAC, a diferencia del artículo 1302 del CC, se refiere genéricamente a todos ellos. Pero, como ha quedado claro, el Tribunal Supremo aplica esta prohibición de alegar las propias ilegalidades como motivo de anulación a la Administración y a todos los vicios, incluidos los de nulidad de pleno derecho. En realidad, el Tribunal Supremo, al aplicar esta regla, ni siquiera distingue y ni se plantea si el vicio es de nulidad o anulabilidad. Pero, en la mayoría de los casos, se trataba de nulidad de pleno derecho (compromiso de gastos sin partida presupuestaria, supuestos de incompetencia manifiesta, etcétera).

10.2.3. El régimen de revisión de oficio choca con este *nemo auditur*

Por otra parte, aplicar a la Administración esta limitación de que nadie puede alegar los vicios invalidantes que hubiere causado choca frontalmente con el régimen de la revisión de oficio de los actos nulos (artículo 102 de la LRJPAC; y, hasta 1999, de los actos anulables: artículo 103 de la LRJPAC en su redacción originaria) y con el recurso de lesividad contra los actos anulables (artículo 103 de la LRJPAC). El Consejo de Estado lo ha destacado con gran acierto y claridad:

"Estas invocaciones de nulidad no podrían yugularse de inmediato [...] por el precepto según el cual 'los vicios y defectos que hagan anulable el acto no podrán ser alegados por los causantes de los mismos' (artículo 115.2 de la LPA/58). Esta norma aparece recogida a propósito de los recursos de alzada y reposición [...] y directamente apuntan a que el recurrente no puede alegar vicios o defectos por él causados. La extensión de este mandato y limitación a la Administración implicaría suscitar una cuasieliminación de la revisión de oficio de los actos de la propia Administración, ya que, por supuesto, la Administración los ha causado [...]. Esto quiere decir que la invocación al caso del conocido principio de Derecho de que *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* debe hacerse con la circunspección que exige el respeto a la Ley que consagra [...] remedios y procesos instrumentales de retorno a su mantenimiento que no pueden ser cegados."[62]

Claro está, en efecto, que en la inmensa mayoría de los casos los vicios de los actos administrativos son exclusivamente debidos a la propia Administración y que si la Administración puede revisar de oficio sus actos nulos e impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa sus actos anulables es porque puede alegar los motivos de invalidez que ella misma originó.[63] Y en el caso de la nulidad de pleno derecho, no sólo puede, sino que debe hacerlo, como es ya hoy unánimemente admitido y plasma incluso literalmente la actual redacción del artículo 102.1 de la LRJPAC al decir "declarará" y no simplemente "podrá declarar". Negar esto supondría desactivar todo el sistema de los artículos 102 y 103 de la LRJPAC y además, en realidad, dejar que se consumen sin remedio las ilegalidades más perjudiciales para los intereses generales a los que debe servir la Administración (artículo 103.1 de la CE).[64]

En conclusión, como ya adelantábamos, este *nemo auditur* inventado por la jurisprudencia contencioso-administrativa, no sólo no tiene fundamento sino que es contrario al Derecho positivo, sobre todo al régimen jurídico-administrativo de la nulidad de pleno derecho, de la revisión de oficio y del recurso de lesividad.

11. Soluciones similares a las que se llega con el *nemo auditur* pueden y deben lograrse por otras vías: en especial, la equidad como instrumento para moderar los excesos de la nulidad de pleno derecho

Dicho lo anterior, nuestra misión puede darse por terminada y sólo nos queda decir, en consecuencia, que debe abandonarse esa jurisprudencia contencioso-administrativa sobre el *nemo auditur:* ni el aforismo latino significa que nadie pueda alegar sus propias ilegalidades para conseguir la nulidad de un acto, ni es verdad que nadie pueda alegar sus propias ilegalidades para conseguir la nulidad de los actos administrativos; en particular, la Administración pública sí puede alegar sus ilegalidades como vicios invalidantes, sobre todo, si determinan la nulidad de pleno derecho de sus actos: afortunadamente es así en nuestro Derecho y debe seguir siendo así como regla general. Ese *nemo auditur* es falso, y se basa en una suma de errores y en un cúmulo de, si se me permite la expresión, torpezas.

Pero todavía conviene añadir que lo que de justicia y acierto tiene esta jurisprudencia podía y debía haberse conseguido por otras vías: respetando el régimen positivo de la invalidez, sobre todo de la nulidad de pleno derecho, pero moderándolo drásticamente con una aplicación más amplia del artículo 106 de la LRJPAC.[65] Este artículo puede suministrar la vía correcta para llegar a las soluciones aceptables en las que la jurisprudencia se ha servido de su peculiar *nemo auditur*. Para extraer del artículo 106 de la LRJPAC todas sus virtualidades, sin que en absoluto se traicione su sentido general, debe aceptarse que se aplique, no sólo como límite a las facultades de revisión de la Administración, que es

62. Dictamen 53.437, de 6 de julio de 1989; recopilación de doctrina legal, núm. 54.

63. Valen para esto los mismos argumentos que empleó GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad", RAP, 20, 1956, sobre todo p. 73 a 75, para poner de manifiesto que la misma existencia del recurso de lesividad desvanece la eficacia de la vinculación de los actos propios.

64. No es ésta una afirmación retórica y vacía de contenido. Ya se ha dicho que tampoco es cierto en Derecho civil que los particulares no puedan alegar las causas de nulidad absoluta que hayan originado; y que en Derecho administrativo tampoco hay una regla que prohíba a los administrados alegar los vicios de nulidad radical de los actos administrativos, aunque ellos los hubieran originado. Por tanto, tampoco cabe afirmarlo sin más de la Administración. Pero aunque fuera cierto para los particulares, no tendría que ser cierto para la Administración. Hay razones que justificarían una diferencia radical. Podrá aceptarse, tal vez, que un particular no consiga una nulidad que le interesa como una especie de sanción por su conducta ilegal anterior. Pero eso no tiene ningún sentido para la Administración: sería absurdo decir que la Administración no puede conseguir una nulidad que conviene a los intereses generales (la de una autorización ilegal que permite un daño al medio ambiente o a la salud pública, por ejemplo; la de un acto que supone un ilegal compromiso de gasto que endeuda inútilmente y por años a un municipio...) porque fue ella misma la que cometió la ilegalidad; eso sería dejar injustamente desprotegidos a los intereses generales y a los ciudadanos por unas culpas de unas autoridades y funcionarios que actuaron ilegalmente; sería como sancionar a todos por las ilegalidades que cometieron concretas personas.

como formalmente aparece en la LRJPAC, sino también, al menos, como límite a la posibilidad de que la Administración alegue, en los recursos contencioso-administrativos en que aparece como demandada, la excepción de invalidez de sus actos y contratos debida a sus propias ilegalidades.[66]

El artículo 106 de la LRJPAC llama a la buena fe y ello debe completarse con la actual proclamación de la confianza legítima (artículo 3.1 *in fine* de la LRJPAC). Todo ello mitiga en favor de la seguridad jurídica el régimen de la invalidez y sobre todo el más severo de la nulidad de pleno derecho. En alguna medida eso podría ser suficiente para llegar a las mismas soluciones que el Tribunal Supremo alcanza por la incorrecta vía del *nemo auditur* o a otras próximas o similares y tal vez más ajustadas. En este mismo número monográfico hay estudios específicos sobre la buena fe y la confianza legítima, por lo que basta aquí con esta alusión. A lo sumo, conviene recordar que una de las manifestaciones o concreciones del principio de buena fe, siempre admitida como tal, es la prohibición de abuso de la nulidad por motivos formales,[67] que podría ser suficiente para corregir gran parte de los excesos que la jurisprudencia analizada pretende eliminar con el *nemo auditur*.

Pero creo que la buena fe y la confianza legítima no son suficientes por sí solas para justificar todas las soluciones razonables a las que llega la jurisprudencia del *nemo auditur*. Hay algo de razón y de justicia en esa jurisprudencia que no se consigue del todo con la buena fe y la confianza legítima (máxime teniendo en cuenta que la doctrina de los actos propios –concreción de la buena fe– se desvanece ante los supuestos de nulidad de pleno derecho, según la doctrina dominante, como ya recordamos). Algo, sin embargo, que también está en el artículo 106 de la LRJPAC y a lo que se ha prestado mucha menos atención que a la buena fe y la confianza legítima, y que ya no se basa en el valor de la seguridad jurídica sino en otro muy distinto: la equidad. Según el artículo 106 de la LRJPAC tampoco pueden ser ejercitadas las facultades de revisión de actos inválidos cuando, por cualesquiera circunstancias (el precepto dice "cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o *por otras circunstancias*") "su ejercicio *resulte contrario a la equidad*".[68] Así que el régimen estricto de la invalidez se atempera, por un lado, en favor de la seguridad jurídica y, por otro, en favor de la equidad. Y cabe pensar que los tribunales, en el fondo, han aplicado esta limitación a los casos en que la nulidad se pretende hacer valer en un contencioso-administrativo, ya sea por el demandante ya sea, sobre todo, por la Administración demandada causante de la invalidez alegada por ella misma. Sólo que lo han hecho, en vez de invocando sin más la equidad, disfrazándola con ese *nemo auditur* del que hemos dado cuenta. Pero con esto no queremos decir, a la postre, que el *nemo auditur* esté realmente justificado como un principio general que se deduce de la equidad. Nada de eso. La equidad es la justicia del caso concreto, una válvula de escape cuando la fórmula de la ley es muy rígida y su aplicación, mecánica y ciega a todos los casos, incluso a aquellos en que no pensó el legislador, está reñida con lo que parece razonable. La equidad no se deja encerrar en reglas ni principios so pena de dejar de ser lo que es. Por definición, las soluciones de equidad no son susceptibles de organizarse en un cuerpo de principios que determine las soluciones futuras, pues dependen de las circunstancias particulares de cada caso considerado individualmente. Así que, como hemos dicho, no cabe de ninguna forma establecer una regla de equidad en virtud de la cual nadie pueda alegar los vicios de nulidad que haya originado y menos aún cabe predicar eso de la Administración pública respecto de sus actos y contratos viciados por su culpa. No nos retractamos de tales afirmaciones lo más mínimo. Pero, a veces, en algunos casos concretos, más bien excepcionales, es contrario a la equidad permitir que se consiga la nulidad invocando la propia conducta ilegal. Naturalmente no procede intentar enumerar con carácter general tales casos; ni, menos aún, deducir una regla o un principio general.

El artículo 3.2 del CC permite que las resoluciones de los tribunales descansen "de manera exclusiva en ella (la equidad) cuando la ley expresamente lo permita". No se encontrará mejor campo para basar exclusivamente las decisiones en la equidad que en la anulación de actos administrativos pues expresamente permite el artículo 106 de la LRJPAC que no se revisen cuando resulte contrario a la equidad. Así que los tribunales podrían directamente haber fundado sus soluciones en la equidad en vez de en el falso y excesivo fundamento del *nemo auditur*.

Pero es que, además, según creo, el régimen de la nulidad de pleno derecho ofrece un terreno especial-

65. En su caso, también se pueden dulcificar las consecuencias excesivas e injustas de la nulidad completando su régimen con otras instituciones como la responsabilidad patrimonial de la Administración causante de los vicios de invalidez y, por tanto, de los daños que ello genere, o como la *actio de in rem verso*, pues el enriquecimiento eventualmente obtenido será más patentemente injusto si tiene su origen en las ilegalidades del enriquecido. Véase mi monografía *El enriquecimiento injusto de la Administración...*, *op. cit.*, p. 365-366, y COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 439. Pero no es esto, que nos llevaría demasiado lejos, lo que nos importa ahora.

66. Así lo he defendido ya en *El enriquecimiento...*, *op. cit.*, p. 395 y ss. Véase también GARCÍA LUENGO, J., *El principio de protección...*, *op. cit.*, p. 347 y 412 y ss., que señala, no obstante, que esa posibilidad de aplicación del artículo 106 de la LRJPAC a los recursos administrativos debe limitarse por la protección a terceros perjudicados por actos administrativos.

67. Por todos, DÍEZ-PICAZO, L., en el prólogo al libro de WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, Madrid, 1982, p. 22. En la doctrina administrativa, véase GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 76-77, y SAINZ MORENO, F., *La buena fe en las relaciones de la Administración...*, *op. cit.*, p. 313.

68. Véase CASTILLO BLANCO, F., *La protección...*, *op. cit.*, p. 279 y ss.

mente necesitado de las moderaciones de la equidad. Ésta siempre encuentra su mejor campo cuando el Derecho es muy rígido y no presenta matizaciones o posibilidad de adaptación a la diversidad de supuestos. Y esto es lo que sucede con el régimen de la nulidad de pleno derecho y su inexorable consecuencia de estar abierta su invocación a cualquier interesado, o sea, a cualquiera que tenga interés en conseguir la anulación, a todo el que obtenga un provecho con la anulación. Tan unidas están las dos nociones que se consideran sinónimas las expresiones nulidad de pleno derecho y nulidad absoluta, es decir, nulidad para todos, nulidad que puede alegar cualquiera que obtenga provecho con ella, aunque no tengan ningún interés en que se respete la norma cuya vulneración determina el vicio. Ello, sumado a la progresiva ampliación de los casos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos y a un concepto de interés legítimo desvinculado absolutamente del interés protegido por la norma violada, hace que, en algunos casos, se llegue a soluciones poco o nada equitativas que, entre otras cosas, acaban por premiar el comportamiento ilegal y hasta por traicionar la finalidad de la norma violada.[69] Ante ello, la equidad, a la que sabiamente llama el artículo 106 de la LRJPAC, puede suministrar el remedio al dogmatismo inflexible de la nulidad de pleno derecho y, en concreto, a la posibilidad de ser alegada con éxito por cualquiera que obtenga provecho con ella. Hasta puede, si no desde luego justificar que nadie pueda invocar el motivo de nulidad por él mismo originado, sí algo parecido, algo que dé un sentido más razonable al interés legítimo de manera que coincida con el protegido por la norma violada o, por lo menos, que no sea exactamente el contrario del protegido por la norma cuya vulneración se invoca, y ello pese a que nuestros dogmas sobre la nulidad de pleno derecho y sobre la legitimación conduzcan a otra cosa. Si la equidad tiene que ver, según se dice, con la apreciación de la justicia por el hombre medio, estoy seguro de que la equidad aprueba y hasta exige que no se declaren nulidades que benefician precisamente al que la norma violada no quería proteger que, a veces, es el mismo que la infringió.[70] Así que, en suma, no es tan errada toda la jurisprudencia contencioso-administrativa del *nemo auditur*, que ha escrito Derecho (o equidad) con reglones torcidos, pero en latín; que ha buscado la equidad pero que, sintiendo pudor de presentarla como tal –en uno de los pocos casos en que podría haberlo hecho así (artículo 106 de la LRJPAC)– la ha revestido con un aforismo, brocardo o máxima que no tiene gran cosa que ver y que hasta la desvirtúa, pero que suena bien y le da una prestancia científica y un brillo que la modesta y humilde equidad no tiene. En este caso, al menos, me parece que los tribunales administrativos sí pueden alegar la torpeza y, por mi parte, alego la propia, por si lo que queda dicho es equivocado. ■

69. Me parece, por lo que aquí he tratado de reflejar pálida y parcialmente y por otras muchas razones que no procede recoger porque no se relacionan de ninguna forma con el *nemo auditur*, que es necesario reconsiderar o hasta reconstruir la teoría de las nulidades del Derecho administrativo, como ya han comenzado a hacer las mentes más lúcidas de la doctrina civilista con la nulidad de los contratos propugnando, entre otras cosas, la aceptación de nulidades de pleno derecho relativas. Sobre todo, ello encuentra brillante desarrollo en la ya reiteradamente citada obra de PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, donde, además, se da noticia de otros intentos en esa misma dirección. Para lo aquí analizado son interesantes sobre todo en las páginas 225 y ss. Entre otras aportaciones valiosas que no debieran pasar inadvertidas para la teoría del Derecho administrativo, cuestiona el mismo concepto puramente procesal de interesado –interés en que prospere la acción de nulidad, interés de todo el que obtiene un beneficio con la nulidad–, apuntando la posibilidad de construir un concepto sustantivo o material de interesado en cuya virtud sólo estarían legitimados para pedir la nulidad de pleno derecho aquellos que tuvieran un interés coincidente con el protegido por la sanción de nulidad. Con ello y profundas correcciones de la teoría asentada de las nulidades que no tienen, según explica, verdadero fundamento, llega a construir una categoría de nulidades de pleno derecho, pero relativas, sobre todo para los casos de vulneración de normas imperativas de naturaleza protectora de una de las partes y para los casos de nulidad por defecto de forma. Además, y esto también es de interés para nuestro objeto, afirma que la nulidad de pleno derecho no es incompatible con la aplicación de la doctrina de los actos propios, aunque así se afirme generalmente: "carecen de sentido los reparos que con tanta frecuencia doctrina y jurisprudencia oponen a la virtualidad del principio (de los actos propios) en este ámbito" de la nulidad (p. 247-248).

Una reconsideración de este tipo me parece oportuna también en el Derecho administrativo. Si no se hace, como mínimo, habría que delimitar de otra forma los supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos pues es equivocado entender que deben ser todos los de vicios graves o los que lesionan los valores superiores (p. ej., derechos fundamentales) si eso conduce a que cualquier interesado en la nulidad pueda alegarla aunque no tenga ningún interés en la regularidad del acto. Y a falta de todo ello, el artículo 106 de la LRJPAC, y, por lo que ahora importa, la equidad, deberá mitigar los excesos de la nulidad de pleno derecho.

70. Permítaseme decir, medio en broma, que late en esa jurisprudencia sobre el *nemo auditur* la misma idea elemental de justicia que en la famosa "ley de la ventaja" del fútbol por la que, quien ha cometido una falta, no se beneficia si, pese a ella, el equipo que la ha sufrido goza de una posición más favorable que la que tendría con su señalización y la interrupción del juego; o por la que no se anula un gol conseguido tras el penalti del equipo batido; o por la que, pese a la alineación indebida del derrotado, no se anularía el partido terminado con un 5-0 para colocar en su lugar sólo un 3-0 que beneficiaría al incumplidor. Con estas licencias futbolísticas, que espero que se me disculpen, pretendo poner de relieve elementalmente que tiene que haber mecanismos para que la aplicación de las normas no consiga un efecto distinto y hasta opuesto al que persiguen: las normas protegen determinados intereses y es absurdo que, por su aplicación mecánica y ciega, se acepte en casos determinados que acaben por perjudicar exactamente a los intereses que protegían y cumpliendo en la práctica la finalidad contraria de aquella para la que están previstas. Eso es lo que ocurre a veces con la nulidad de pleno derecho y la consecuente legitimación para ser alegada por cualquiera que tenga interés en conseguir la anulación.

ESTUDIOS
QDL

La administración local en la reforma de los estatutos de autonomía: especial referencia al caso del Estatuto de autonomía de Cataluña[1]

1. Una cuestión previa: la relación entre ley básica estatal y ley autonómica de desarrollo, en lo que concierne a la determinación de las competencias autonómicas en materia de administración local.
2. Administración local y reformas estatutarias.
3. La veguería y la provincia en la Propuesta de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña. Las observaciones contenidas en el Dictamen 269, de 1 de septiembre de 2005, del Consejo Consultivo de la Generalitat de Catalunya.
Referencias bibliográficas.

Marc Carrillo
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra

1. Este texto se basa en la ponencia defendida en el Seminario Permanente de Derecho Local, celebrado en la sede de la Fundación Democracia y Gobierno Local, en Madrid, el 4 de noviembre de 2005. Su redacción final se ha producido durante el mes de junio de 2006, con posterioridad al 18 de junio, fecha en la que la Propuesta de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña fue aprobada en referéndum. En consecuencia, el contenido de este artículo –si bien no ignora redacciones anteriores– ya viene referido a un texto definitivo sólo pendiente de la sanción, promulgación y publicación.

1. Una cuestión previa: la relación entre ley básica estatal y ley autonómica de desarrollo, en lo que concierne a la determinación de las competencias autonómicas en materia de administración local

La regulación de la materia competencial relativa a la administración local es competencia compartida entre el Estado y las comunidades autónomas. El primero dispone de función legislativa para fijar las bases de la regulación común (artículo 149.1.18) y el legislador autonómico la legislación de desarrollo normativo, de acuerdo con el principio de autonomía reconocido por la Constitución española. Estas bases fueron fijadas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. Por otra parte, el Texto refundido de las disposiciones en materia de régimen local, se encuentra en el Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, modificado esencialmente por el Decreto legislativo 2/1994, de 25 de junio, además de por otras leyes posteriores. En relación con las competencias sobre el régimen local, el Estatuto de 1979 establece que la Generalitat tiene competencia exclusiva sobre "el régimen local, sin perjuicio de lo que disponga el número 18 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución [...]".

El balance que ofrecen los más de veinticinco años de autogobierno transcurridos en Cataluña y en otras comunidades autónomas, pone de manifiesto que en este específico ámbito sectorial, el legislador autonómico ha dispuesto de un reducido ámbito de disponibilidad normativa para poner en práctica la autonomía política de la que dispone. Por esta razón, como primer aspecto de esta reflexión acerca de la incidencia de las reformas estatutarias sobre el régimen local, procede apuntar las soluciones que la Propuesta de reforma estatutaria llevada a cabo en Cataluña ha contemplado, en relación con algunos de los problemas que se han suscitado en relación con la controvertida relación entre la legislación básica estatal y la ley autonómica.

En lo que afecta a la articulación del sistema de competencias, sin duda, el objeto central de la Propuesta de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña ha consistido en la declarada voluntad de precisar al máximo el contenido material de las competencias y, asimismo, las funciones que corresponden a cada una de ellas. Ello se ha hecho a través de la técnica normativa de establecer una tipología de competencias (capítulo I del título IV de la Propuesta de reforma), en las que se definen con carácter general las competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas, una definición que ha de ser servir de forma homogénea para determinar funcionalmente después, las competencias de la Generalitat sobre todas las materias acerca de las cuales ejerce su autogobierno.

Esta opción tomada por el legislador de la propuesta responde a una determinada concepción del bloque de la constitucionalidad, integrado por la Constitución y el Estatuto de autonomía, que realza la condición de este último como norma institucional básica de la comunidad autónoma. No se olvide, a este respecto, que fruto de las características del proceso constituyente orientado por una plausible finalidad de buscar el máximo consenso en un tema como la organización territorial del poder político, tan decisivo para la consolidación de la entonces frágil democracia en España, fue la voluntad del legislador constituyente y también del legislador de los estatutos de autonomía, que tanto la Constitución como los estatutos fuesen normas genéricas, muy poco concretas o precisas a la hora de delimitar el ámbito material de cada competencia. La consecuencia jurídica de esta deliberada indeterminación fijada por el constituyente de los títulos competenciales, a fin de concitar el máximo acuerdo político en 1978 sobre la Constitución y el Estatuto de Cataluña en 1979, determinó que *la plena* determinación del ámbito y el alcance de las normas básicas quedó desconstitucionalizado, remitiéndose su especificación a la ley estatal, un instrumento normativo que como es obvio ya no es fruto de un poder constituyente sino del poder constituido. Razón por la cual, el grado de garantía sobre el alcance de la legislación autonómica, como principal expresión normativa del principio de autonomía política quedó a expensas, sobre todo, de la voluntad del legislador estatal. La garantía constitucional de la autonomía y del principio dispositivo de todas las comunidades autónomas se hizo más voluble. Es decir, una garantía más tributaria de la dinámica de las mayorías políticas que han legitimado a lo largo de los años transcurridos la potestad legislativa en las Cortes Generales, que no de unas prescripciones constitucionales dotadas de previsibilidad o certeza sobre los límites a la acción del legislador estatal. En definitiva, de unas prescripciones provistas de una razonable seguridad jurídica.

Como este principio jurídico no ha existido, no es osado afirmar que quien, a la postre, ha fijado el alcance del autogobierno en los más diversos ámbitos competenciales, es decir, quien de forma soterrada ha definido el canon de constitucionalidad –por heterodoxo que pueda resultar en orden a una correcta acepción de las fuentes del ordenamiento– no ha sido otro poder que el representado por el legislador estatal. En el ámbito de la administración local, el canon que a la postre ha utilizado el Tribunal Constitucional ha estado integrado de la Ley de bases de régimen local de 1985 y la Ley reguladora de la haciendas locales, en la actualidad incorporada al Texto refundido que fue aprobado por el Decreto legislativo 2/2004. A través, sobre todo, de su ingente legislación básica que ha provocado un resultado tan poco satisfactorio que ha generado un notorio desapoderamiento de las competencias autonómicas. Por un lado, por medio de una concepción de la legisla-

ción básica estatal entendida no como principios generales, sino como un amplio conjunto de directrices dotadas de gran detalle y precisión en su contenido material; y, por otro, por la notable *vis expansiva* atribuida a los títulos horizontales relativos a la competencia exclusiva estatal para determinar las condiciones básicas en materia de derechos y libertades o en la fijación de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.1 y 149.1.13, etc.). En este sentido, la materia relativa a las competencias sobre la administración local constituye un buen ejemplo que pone de relieve en el ámbito dedicado al régimen local, el escaso margen de maniobra que le ha quedado al legislador autonómico para ejercer su autonomía normativa y, en definitiva, su autonomía política. En el caso de Cataluña, esta escasez se manifiesta en el Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.

Ante esta evolución manifestada por la legislación básica, la posición institucional del Tribunal Constitucional, como órgano de resolución de controversias competenciales, ha devenido esencial desde los inicios de su actividad jurisdiccional en 1981. La interpretación acerca del alcance de lo básico ha sido el motivo de un ingente número de conflictos competenciales, en los que, sin duda, Cataluña tuvo desde buen principio un incontestable protagonismo como la comunidad autónoma con mayor número de contenciosos jurídicos registrados ante el Tribunal Constitucional. Un protagonismo que ha seguido la mayoría de los años, con la excepción que en la última década han supuesto, especialmente, los casos de Andalucía y Castilla-La Mancha.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional, en la función de delimitación competencial que le corresponde ejercer, se ha encontrado desde los inicios de su actividad con una situación especialmente compleja. Pero hoy ya ofrece dudas que fruto del contenido genérico de los títulos habilitadores de competencias –en su condición de legislador negativo– el Tribunal en el juicio de constitucionalidad para dirimir las controversias competenciales, siempre ha dispuesto de un amplio margen de decisión. Constatado este carácter genérico de los títulos competenciales establecidos en la Constitución y pretendidamente concretados en los estatutos, desde un punto de vista jurisdiccional, al Tribunal Constitucional siempre le ha resultado más *funcional* conservar la norma impugnada en el seno del ordenamiento y no declarar su inconstitucionalidad que no expulsarla del ordenamiento jurídico. De esta forma, si en múltiples ocasiones, y sobre todo, cuando el objeto de la controversia competencial era la opción del legislador estatal, ésta era declarada como una solución normativa adecuada a la Constitución, si bien eran posibles otras diferentes también constitucionalmente válidas.

En este sentido, y como consecuencia de la dependencia del bloque de la constitucionalidad respecto del legislador ordinario, es preciso reiterar que el título VIII de la Constitución ha sido un título esencialmente desconstitucionalizado. El carácter genérico de los títulos competenciales determinados por la Constitución y los estatutos, como pilares del bloque de la constitucionalidad, ha permitido que la jurisprudencia sobre la garantía de las competencias autonómicas se haya construido de acuerdo con criterios en los que escasean puntos de referencia faltos de un contenido objetivo (AA.VV., 2003). Un buen ejemplo entre ellos ha sido aquel que consiste en un criterio interpretativo tan vago como es el que el legislador estatal no debe desapoderar de competencias al legislador autonómico. Razón por la cual, y sin intención alguna de caricaturizar la función hermenéutica de la jurisdicción constitucional realizada sobre el alcance de lo básico, no deja de ser cierto que, en ocasiones, el enjuiciamiento acerca de si un precepto jurídico era o no básico, ha obedecido más bien a criterios de *derecho natural* que no a parámetros o reglas objetivos.

Por tanto, y atendiendo a la voluntad del legislador estatutario en la reforma del Estatuto de Cataluña de definir el contenido de las competencias, la pregunta que cabe hacerse es si una reforma de Estatuto como la presentada por el Parlamento de Cataluña podía llevarse a cabo, y más concretamente si invade competencias reservadas al Estado para determinar lo básico. Más concretamente, con esta pretensión de delimitar materialmente los actuales títulos competenciales, ¿la reforma estatutaria estaba asumiendo una función constituyente?, ¿estaba ocupando el ámbito del legislador básico estatal? La respuesta ha de ser negativa, pues partiendo de la desconstitucionalización aludida, no parece que puedan encontrarse razones jurídicas substantivas que permitan sostener que una reforma estatutaria como la descrita esté suplantando al Estado en su competencia para fijar lo básico. El carácter genérico que presenta la Constitución en la determinación de los títulos competenciales ha hecho que, salvo alguna excepción, no existe reserva en favor de ley estatal para concretar los criterios de carácter funcional y material establecidos en la Constitución para delimitar las competencias. Por otra parte, tampoco de la Constitución cabe derivar un mandato ineludible por el que la delimitación de competencias deba quedar abierta. Es decir, tampoco existe una reserva de Constitución en este sentido.

Asimismo, y de acuerdo con lo que preceptúa la Constitución en su artículo 147.2.d), los estatutos de autonomía, en su condición de norma institucional básica de cada comunidad autónoma, deberán contener las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución. Luego, no hay razón para que el Estatuto no pueda realizar esa función de con-

creción material y funcional de sus competencias respecto de las materias que actualmente la Constitución ya le permite asumir. Es una vía que, por otra parte, y como consecuencia de esta concreción, ha de proporcionar una mayor seguridad jurídica al sistema de distribución de competencias que tanto se ha encontrado a faltar hasta ahora, a reserva de una reforma constitucional que en este aspecto nunca se ha planteado, a pesar de ser la vía más adecuada, que modificase el contenido del artículo 149.1 al objeto de definir el concepto de legislación básica.

En este sentido, el Dictamen número 269, de 1 de septiembre de 2005, del Consejo Consultivo de la Generalitat de Catalunya, interpretó que la opción del legislador catalán de precisar material y funcionalmente las –otrora– genéricas competencias estatutarias del Estatuto de 1979 era constitucionalmente legítima, con base a los argumentos que ahora se sintetizan.

El núcleo principal del planteamiento de la Propuesta de reforma estatutaria se expresó en el antiguo artículo 106 (relativo a la definición de la tipología de las competencias compartidas) del texto aprobado por el Parlamento de Cataluña el 30 de septiembre, y en el texto –no coincidente– finalmente aprobado que ha resultado ser el actual artículo 111.[2] De la definición de las competencias compartidas dependía la posterior concreción material de las competencias que se contienen entre los artículos 117 y 173, ambos inclusive.

Pues bien, en su inicial formulación por el Parlamento de Cataluña, el artículo 106 establecía lo siguiente:

"En las materias que el Estatuto atribuye a la Generalitat de forma compartida con el Estado, corresponden a la Generalitat la potestad legislativa y la integridad de la potestad reglamentaria y de la función ejecutiva, en el marco de los principios, los objetivos o los estándares mínimos que fije el Estado en normas con rango de ley, salvo en los casos que establecen expresamente la Constitución y el presente Estatuto. En el ejercicio de estas competencias, la Generalitat puede establecer políticas propias. El Parlamento debe concretar a través de una ley la efectividad normativa y el desarrollo de estas disposiciones estatales."

A criterio del Consejo Consultivo, el contenido de este precepto de la Propuesta de reforma resultaba de especial relevancia para abordar la constitucionalidad del planteamiento que, a partir del capítulo II del título IV (de las materias de las competencias), seguía el legislador catalán para la concreción material de las materias competenciales. En este sentido, afirmaba que las prescripciones del artículo 106 (el artículo 111 del Estatuto aprobado) predeterminan una buena parte del contenido del citado capítulo II, que concretaba el contenido material de las competencias.

Del contenido del artículo 106, y en relación con los tres aspectos que destacaba el Consejo Consultivo como relevantes, cabe ahora retener la atención en el primero de ellos, a fin de justificar la importancia de la definición que el precepto hace de las competencias compartidas para juzgar su adecuación a la Constitución: se trataba, sin duda, de la concepción de la potestad legislativa de la Generalitat como una función compartida con el Estado que comprende el ejercicio de la integridad de la potestad reglamentaria y de la función ejecutiva, en el marco de los principios, los objetivos o los estándares mínimos que el mismo Estado haya fijado. Los otros dos, que ahora no es el caso de tratar aquí, los integraba la ley como instrumento formal para la fijación de las bases y la atribución al Parlamento de Cataluña para que, mediante una ley, concretase la efectividad normativa y el desarrollo de la legislación estatal.

Pues bien, en relación con las competencias compartidas en el marco de los principios, objetivos o estándares mínimos que fije el Estado, el Consejo Consultivo creyó procedente, en primer lugar, poner de relieve algunos aspectos relacionados con el alcance que hasta el presente ha tenido la normativa que el Estado ha aprobado con el carácter de básica, según las prescripciones del artículo 149.1 de la CE (fundamento VI.2). Y con esta finalidad –afirmaba– procede concretar los criterios que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la propia doctrina del órgano consultivo de la Generalitat han establecido sobre el alcance de la legislación básica estatal, para ubicar mejor la opción que ha tomado la Propuesta de reforma en su contexto jurídico.

En síntesis, el Tribunal Constitucional, desde los inicios de su jurisprudencia y su desarrollo posterior, "ha señalado que la calificación por el legislador estatal de una norma como 'básica' no comporta que por esta razón deba tener este carácter, sino que finalmente corresponde a la jurisdicción constitucional juzgar si el otorgamiento de la condición de básica a aquella norma se ajusta a la Constitución. Es decir, es la justicia constitucional la que determina si el legislador estatal ha hecho buen uso de su potestad" [STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 5; y 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 5.a)].

2. El texto definitivo del antiguo artículo 106 (ahora 111) de la Propuesta de reforma del Estatuto establece, en una redacción significativamente distinta, sobre todo en lo que concierne a la interpretación que deba darse al alcance de las excepciones contenidas en la vidriosa expresión "excepto en los supuestos que se determine de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto", establece lo siguiente: "En las materias que el Estatuto atribuye a la Generalitat de forma compartida con el Estado, corresponde a la Generalitat la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determine de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto. En el ejercicio de estas competencias, la Generalitat puede establecer políticas propias. El Parlamento debe desarrollar y concretar a través de una ley aquellas previsiones básicas."

"Esta regla interpretativa cobró una especial relevancia ya desde entonces, como consecuencia de la vis expansiva que el legislador estatal iba atribuyendo a su normativa básica, reduciendo al mismo tiempo el margen de acción legislativa de los parlamentos autonómicos. Por su parte, la doctrina de este Consejo Consultivo reiteró también, desde sus primeros dictámenes, que el Estado debe establecer las bases de forma flexible, con el fin de permitir a las comunidades autónomas el ejercicio de sus competencias normativas y poder desarrollar políticas públicas propias (dictámenes núms. 1, 10, 182, 211, etc.)."

En esta síntesis de la jurisprudencia constitucional sobre las bases, destaca, como es bien conocido, la concepción material y formal de las mismas. En efecto, el Consejo Consultivo recordaba que el eje central de la jurisprudencia constitucional sobre las llamadas "bases" estatales se ha configurado sobre las competencias compartidas entre el Estado y las comunidades autónomas, de acuerdo con un criterio material y formal de determinación de las bases. Según el primero, el Tribunal ha señalado que la definición de lo que es básico no puede quedar a la libre disposición del Estado y, en todo caso, la competencia estatal en este ámbito funcional tendrá siempre que evitar el vaciamiento o el desapoderamiento de las competencias de las comunidades autónomas (STC 80/1988, de 28 de abril, FJ 5). A pesar del carácter homogéneo atribuido a las bases estatales, su interpretación no se puede hacer de manera uniforme y, en este sentido, la fijación de los parámetros que deben servir para delimitarlas es preciso hacerla –recuerda el Tribunal Constitucional– caso por caso (STC 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 5).

Sostiene el Consejo Consultivo que:

"En este mismo contexto material, las bases han sido entendidas como un común denominador normativo, que debe permitir asegurar la unidad fundamental del ordenamiento sobre la distribución de competencias (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1.2; 172/1996, de 31 de octubre, FJ 1; y 103/1997, de 20 de mayo, FJ 2). Esto comporta que el común denominador normativo esté dirigido a asegurar los intereses generales y a dotar de estabilidad la regulación general de las materias, dado que las bases afectan a aspectos estructurales del Estado (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1.2) y, a partir de este marco unitario, cada comunidad autónoma puede introducir las peculiaridades que estime más convenientes (STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 16). Precisando su construcción argumental, el Tribunal ha afirmado que las bases estatales tienen un doble carácter: por una parte, positivo, en la medida en que sirven para establecer los criterios fundamentales que deben servir para asegurar la unidad normativa indispensable de un sector o actividad y, de otra, una vertiente negativa, dado que son un límite que el legislador autonómico no puede ultrapasar (STC 25/1983, de 7 de abril, FJ 4). No obstante, el elemento de uniformidad que el Tribunal Constitucional ha atribuido a la definición de lo que es básico también ha admitido, en supuestos excepcionales, la posibilidad de extender el alcance de las normas básicas más allá del común denominador" [STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 16; y 133/1997, de 16 de julio, FJ 4.b)].

Desde una perspectiva formal, "y una vez la legislación relacionada con la configuración del llamado Estado de las autonomías se iba consolidando, el Tribunal Constitucional fijó la doctrina según la cual el instrumento normativo que con carácter general resultaba más adecuado para determinar las bases tenía que ser la ley de las Cortes Generales (STC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5; y 80/1988, de 28 de abril, FJ 5). Ahora bien, también admitió la determinación del alcance de las normas básicas a través de disposiciones infralegales, siempre que fueran regulaciones de carácter marcadamente técnico (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 24; y 131/1996, de 11 de julio, FJ 2). Y solamente en casos excepcionales, el Tribunal ha aceptado actos de ejecución con carácter básico".

No obstante, el balance que ofrece el seguimiento de esta doctrina por parte de las Cortes Generales, en su condición de legislador de lo básico, no ha sido positivo. El propio Consejo Consultivo señalaba a estos efectos que en el ejercicio de la función que en relación con las controversias competenciales:

"haya puesto de manifiesto que la intensa colaboración entre la ley y el reglamento, en la determinación de las bases estatales, ha supuesto –de hecho– una especie de cheque en blanco al Gobierno, cuando no una deslegalización absoluta en la determinación de las bases (Dictamen núm. 231, de 22 de julio de 2002). Consecuencia ésta que, no obstante, no ha encontrado una actitud de mayor rechazo en la jurisdicción constitucional. En este sentido, el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional, a pesar de su doctrina basada en la concepción formal de las bases, ha abierto un camino caracterizado por una gran inseguridad jurídica (Dictamen núm. 261, de 17 de febrero de 2004)."

Pues bien, con estos mimbres jurisdiccionales, el Consejo se planteó la constitucionalidad del citado artículo 106 relativo a las competencias compartidas "en el marco de los principios, los objetivos o los estándares mínimos que fije el Estado", dispone de apoyo constitucional. Y es aquí donde encontramos la *ratio decidendi* de su posición al respecto.

1) La Constitución no define las bases estatales.

"Cuando la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva para determinar las bases, las condiciones básicas o las normas básicas en los diversos apartados del artículo 149.1 de la CE, en ningún caso está definiendo qué entiende por bases. Es decir, la Constitución de 1978, aunque hubiera sido deseable de acuerdo con criterios de una mayor seguridad jurídica,

no determinó un criterio para delimitar el alcance de lo que, como regla general, tenía que ser el objeto de la legislación básica estatal. Dicho de otra forma: la Constitución no definió las 'bases' y, por este motivo, aunque no era la solución más adecuada, el Tribunal Constitucional se ha convertido en el órgano constitucional que, de hecho, ha asumido la función de llevar a cabo esta definición. Y, en este sentido, su doctrina se construyó según las reglas interpretativas que acaban de ser expuestas, en las que, en todo caso, prevalecía el criterio indeterminado relativo al hecho de que el ejercicio de la competencia estatal para regular las normas, la legislación o las condiciones básicas, tenía que dejar margen para la autonomía normativa de las comunidades autónomas. Y respecto a la doctrina jurídica, las concepciones sobre la determinación del alcance de la legislación básica han sido diversas, variando entre una noción de las bases entendidas como principios generales y otra en la que se entenderían como directrices más precisas y concretas."

2) No existe una reserva de Constitución que obligue –salvo algunas excepciones– a definir material y funcionalmente las competencias (Viver Pi-Sunyer, 2005). Por tanto, ¿el Estatuto de autonomía, como norma institucional básica, puede realizar esta función?

"de acuerdo con las previsiones establecidas en el ordenamiento jurídico, no existe una reserva de ley estatal –salvo las excepciones relativas, por ejemplo, a policía autónoma o radiotelevisión– que obligue a concretar los criterios funcionales y materiales establecidos en la Constitución para delimitar las competencias. Tampoco existe una reserva de Constitución según la cual deba ser ésta la única norma en la que sea preciso definir las competencias. Es decir, no existe un mandato constitucional explícito que obligue a dejar abiertos los preceptos constitucionales que atribuyen competencias."

3) De hecho, ha sido el legislador estatal quien ha realizado la definición material y funcional de las competencias.

"En realidad, esta función de definición o concreción de los aspectos materiales y funcionales que caracterizan a cada una de las competencias la han realizado hasta ahora las leyes básicas estatales, desconstitucionalizando el proceso de descentralización política. Por lo tanto, nada impide que la tarea de definición competencial la lleven a cabo los propios estatutos, en su condición de norma institucional básica, es decir, de norma estatal a través de la cual se concretan los mandatos constitucionales en materia de competencias. Evidentemente, es una tarea que consiste en delimitar las propias competencias, pero no a definir el alcance de las 'bases' estatales. Así se deriva del artículo 147.2.d) de la CE, cuando establece que '2. Los estatutos de autonomía deberán contener: [...] d) Las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas. Y sin que, en esta tarea de concreción material y funcional de las materias competenciales, quepa imputar al Estatuto estar realizando una función similar a la que está impedida por la jurisprudencia constitucional al legislador estatal, de aprobar leyes interpretativas de la Constitución' [STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 4.c)]."

4) La concreción material y funcional de las competencias tiene como límite la Constitución.

"En defecto de una definición de las bases estatales contenida en la propia Constitución vigente, lo que seguramente hubiera sido más coherente con la lógica jurídica de un Estado políticamente descentralizado; en defecto, también, de una reforma constitucional en el mismo sentido, hay que concluir que no hay impedimento constitucional explícito para que esta tarea de concreción la cumpla el Estatuto de autonomía. Obviamente, la función de concreción material y funcional no es libre porque, si bien no hay duda de que el Estatuto puede cerrar las opciones que la Constitución ha dejado abiertas, es del todo preceptivo que no puede contradecir lo que claramente ha quedado establecido por la *norma normarum*. Cuando ésta da margen para más de una solución, el Estatuto dispone de un cierto campo de elección. Pero cuando la Constitución no admite ninguna concreción, es evidente que la propia función queda prohibida."

En conclusión, para el criterio del Consejo Consultivo en su Dictamen 269, de 1 de septiembre de 2005, la opción tomada por la Propuesta de reforma de llevar a cabo una concreción o determinación material y funcional de las competencias es constitucional. Con criterio general, este planteamiento legitima que, como es el caso del objeto de este artículo, la propuesta precise de forma detallada las competencias de la Generalitat en materia de administración local.

Cuestión distinta es las posibilidades que puedan abrirse al legislador catalán, respecto a la interpretación que quepa hacer de las excepciones a la regulación por ley formal de las bases, a las que se refiere la redacción definitiva contemplada en el artículo 111 ("excepto en los supuestos que se determine de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto") aprobada por las Cortes Generales, y su comparación con el antiguo artículo 106, de la Propuesta de reforma aprobada por el parlamento de Cataluña el 30 de septiembre de 2005 ("salvo en los casos que establecen expresamente la Constitución y el presente Estatuto"). Porque parece evidente que si en el texto del Parlamento catalán la referencia a las excepciones quedaba restringida a aquellas que *expresamente* se establecen en la Constitución y el Estatuto, en el texto de las Cortes Generales no hay impedimento a que las excepciones puedan tener un alcance más amplio, ya que las mismas no se

precisan sino que podrán establecerse, de acuerdo a una interpretación conjunta de la Constitución y el Estatuto. De cómo se interprete el alcance que deban tener estas excepciones, penderá también el nivel de autogobierno normativo que pueda dar de si el nuevo Estatuto de 2006.

2. Administración local y reformas estatutarias

Después del proceso de revisión de los estatutos de autonomía, impulsado tras el cambio de mayoría política registrado tras las elecciones generales de marzo de 2004, las reformas estatutarias hasta la fecha iniciadas y en algún caso finalizadas son las que se han producido en las comunidades autónomas siguientes: Comunidad Valenciana, ya aprobada por la Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana; también Cataluña, cuyo Propuesta de reforma del Estatuto de 1979, una vez aprobada en las Cortes Generales y en referéndum el 18 de junio de 2006,[3] está pendiente de la sanción, promulgación y publicación, ofrece ya un texto definitivo. Por su parte, Andalucía, Islas Baleares y Aragón también han aprobado sus respectivas propuestas de reforma, que en todos los casos están pendientes del debate y aprobación en las Cortes Generales.

En todas estas reformas estatutarias, la presencia de la administración local ha experimentado un importante aumento en su configuración jurídica. El grado de interiorización del régimen local ofrece un notorio grado de densidad normativa. Así, en el ya vigente Estatuto de la Comunidad Valenciana, además de reiterar la competencia exclusiva de la Generalitat sobre el "Régimen local, sin perjuicio de lo que dispone el número 18 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución. Alteraciones de los términos municipales y topónimos", se amplía la regulación de la administración local, que ahora pasa al título VIII (artículos 63 a 73), que acrecienta su contenido en lo que se refiere, entre otros aspectos, a la regulación de los instrumentos de cooperación de los entes locales con la Generalitat, además de la previsión de una legislación autonómica de régimen local, la división comarcal, la relaciones entre Generalitat y diputaciones provinciales, etcétera.

En la Proposición de reforma del Estatuto de Andalucía, en el texto aprobado por el Pleno del Parlamento autonómico en la sesión celebrada el día 2 de mayo de 2006, siguiendo la estela de la Propuesta catalana, se establece una inicial tipología de competencias (artículos 42 a 45, título II, capítulo I) seguida de una extensa y detallada definición de los diversos ámbitos competenciales (título II, capítulo II, artículos 46 a 96), entre los que se incluyen un precepto dedicado a la competencia sobre régimen local, de contenido especialmente extenso (artículo 59), dado que entre otras submaterias se incorpora: la competencia de la Junta de Andalucía sobre determinación de las competencias y las potestades propias de los municipios; el régimen de los bienes de dominio público, la regulación del régimen electoral local, etc. Y en el título III se consagra íntegramente a la organización territorial, con especial mención al municipio, la provincia, además de la comarca, concluyendo con la previsión de una ley de régimen local, que deberá regular las relaciones entre las instituciones de la Junta de Andalucía y los entes locales.

En el texto de la ponencia parlamentaria aprobado en las Cortes de Aragón el 10 de mayo de 2006, después de establecer en el título V la competencia exclusiva sobre el régimen local (artículo 65.3), consagra el título VI a la regulación de la "Organización territorial y gobierno local" (artículos 74 a 80), en el que se determina que la organización territorial local de Aragón se estructura en municipios, comarcas y provincias, y se dedica un precepto a cada uno de estos ámbitos territoriales, además de otros específicos para la regulación de los principios y relaciones entre comunidad autónoma y entes locales, al Consejo Local de Aragón y la Ley de capitalidad.

En el texto de la Propuesta de reforma del Estatuto de autonomía de las Islas Baleares, aprobado por el Pleno del Parlamento el 13 de junio de 2006, también se amplía la regulación relativa a la administración local. Pues, además del capítulo IV, del título IV, referido, en general, a las instituciones de la comunidad autónoma, dedicado a los consejos insulares, incorpora otro de nueva planta –el V– reservado a los municipios y las otras entidades locales de las Islas Baleares, en el que se extiende sobre los aspectos orgánicos, electorales, competenciales y financieros, además de otro dedicado específicamente a una ley de capitalidad especial del municipio de Palma.

Finalmente, la Propuesta de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña, aprobado por las Cortes Generales y pendiente de entrada en vigor, dedica un amplio espacio a la administración local. En primer lugar, en el título preliminar, se incorpora a los entes locales como parte integrante del sistema institucional de la Generalitat (artículo 2.3); en el título II, referido a las instituciones de la comunidad autónoma, el capítulo VI regula de forma especialmente amplia el gobierno local, precisando en su sección primera la organización territorial local, las competencias locales, el Consejo de Gobierno Locales; en la sección segunda, la regulación del municipio y los principios de organización y funcionamiento, además del régimen especial del municipio

3. El resultado registrado en la consulta popular fue de 73,90% votos afirmativos, 20,76% en contra, con una participación del 48,85% del censo electoral.

de Barcelona; la sección tercera se refiere a entidad territorial específica de Cataluña, la veguería; y la sección cuarta mantiene la tradicional entidad de la comarca. Y posteriormente, en el título IV, relativo a la definición material de las competencias, el artículo 160 concreta el contenido de la competencia sobre el régimen local.

Como se aprecia, todas las propuestas de reforma estatutaria han optado, si bien con grado de detalle diverso, por precisar el contenido material de la competencia sobre administración local. Sin duda, la Propuesta catalana es la que presenta un mayor nivel de densidad normativa además de un especial interés por interiorizar la organización territorial. Así, en su título preliminar se establece que, junto con el Parlamento, el Presidente y el Gobierno, "los municipios, las veguerías, las comarcas y los demás entes locales que las leyes determinen, también integran el sistema institucional de la Generalitat" (artículo 2.3); en segundo lugar, en el capítulo IV del título II ("De las instituciones") se regula con precisión el gobierno local –nótese que no se refiere a la administración local– (artículos 83-94) y en el título III ("De las competencias") (artículo 160), se define el contenido de la competencias sobre el régimen local.

Estas tres previsiones normativas contendidas en la Propuesta catalana demandan una reflexión sobre su contenido. La primera es la que concierne a la consideración de los entes locales como parte también integrante del sistema institucional de la Generalitat. Un sector de la doctrina (entre otros, Quadra Salcedo, 2006, p. 9, y Ortega Álvarez, 2006, p. 62-64), niega que ello pueda ser así, entendiendo que si la Constitución establece que el Estado se organiza en municipios, provincias y comunidades autónomas, parece evidente que los primeros forman parte del Estado, es decir, son parte de éste aunque se ubiquen en el territorio de la comunidad autónoma, la cual –reconocen–, no obstante, tiene competencias sobre los entes locales. Asimismo, se considera que con la incorporación de los entes locales al sistema institucional autonómico, la organización local tiene una posibilidad de un control político y administrativo más intenso desde la organización autonómica, además de situar a la Generalitat en una clara posición de predominio sobre los poderes locales de Cataluña. Como colofón de este planteamiento, se añade que con esta previsión contenida en la Propuesta de reforma, se da la sensación de que produce una exclusión de la dimensión estatal de los entes locales.

Sin embargo, no parece que una conclusión tan contundente como ésta pueda servir para calificar la opción estatutaria descrita en el artículo 2.3 de la Propuesta. Puesto que no hay que olvidar que la jurisprudencia constitucional ha admitido desde sus inicios la doble dependencia normativa de la administración local, tanto del Estado como de las comunidades autónomas, o lo que aquélla ha denominado como el carácter bifronte del régimen jurídico de la autonomía de los entes locales (por todas, la STC 84/1982). Luego, si esto es así, parece evidente que esta doble dimensión que afecta a la administración local la hace depender, tanto en lo que concierne a su régimen competencial como a la organización de sus instituciones (las que forman el gobierno local), de lo que previamente haya determinado el Estado y la comunidad autónoma en el marco de sus respectivas competencias. Más concretamente, en lo que se refiere a los entes locales como instituciones de autogobierno más cercanas al ciudadano, elegidas por éste ya sea por sufragio directo o indirecto, su condición institucional lo es, tanto del Estado como de la comunidad autónoma a la que están adscritos territorialmente. Ni uno ni otra quedan al margen de la organización de los entes locales.

Es verdad, ciertamente, que las comunidades autónomas disponen de mayor disponibilidad respecto de los entes supramunicipales distintos a la provincia que puedan crearse, pero difícilmente pueden oponerse razones de rango constitucional para negar que los entes municipales, además de ser parte institucional del Estado, carezcan de la condición de instituciones de las comunidades autónomas. Si el régimen jurídico de las administraciones públicas es una competencia compartida entre el Estado y las comunidades autónomas (artículo 149.1.18 de la CE) y entre aquéllas se incluyen los entes locales, no puede haber duda de que el legislador autonómico puede regular aspectos institucionales y materiales de la administración local en el marco de las bases estatales, razón por la cual no se puede negar que las instituciones locales sean a la vez parte integrante del sistema institucional del Estado y de las comunidades autónomas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado en diversas ocasiones, refiriéndose a la autonomía local, que de este principio constitucional se deriva un *modelo de Estado,* y que por eso mismo, la regulación de las entidades locales no puede ser dejada "en lo que toca a la definición de sus competencias y la configuración de sus órganos de gobierno, a la interpretación que cada comunidad autónoma pueda hacer del derecho" a la autonomía de las entidades locales (STC 32/1981, FJ 5, y 214/1989, FJ 1). Pero ello no significa que con base en la competencia estatal para fijar la legislación básica sobre el régimen jurídico de las administraciones públicas (artículo 149.1.18 de la CE), sea preciso que el Estado pueda desarrollar una legislación específica y completa para municipios y provincias. De acuerdo con las citadas sentencias, a las que cabe añadir las STC 27/1987, FJ 6, 109/1998, FJ 5, cabe argumentar, de acuerdo con Velasco Caballero (2004, p. 313), que la prescripción constitucional según la cual las administraciones locales son parte integrante de un *modelo de Estado* específico al que se hacía referencia con anterioridad, encuentra cobertura suficiente en la regulación básica común para todas las

administraciones públicas, sin que de la citada jurisprudencia quepa deducir una exigencia ineludible de una regulación básica singularizada y pormenorizada para las administraciones locales. Es evidente que, de acuerdo con el artículo 149.1.18 de la CE, esa regulación específica podía llevarse a cabo, pero también lo es que la norma básica estatal sea válida para el conjunto del Estado, no impide que en aquello que no sea básico, dicha norma pueda ser desplazada por la norma autonómica allí donde –como es el caso de Cataluña– el Estatuto haya decidido regular el régimen local con mayor densidad normativa. Así cabe deducirlo de la interpretación que el propio Tribunal Constitucional estableció en su STC 76/1983, FJ 18, sobre el Proyecto de LOAPA.

La segunda reflexión trae causa de la previsión establecida en el Estatuto sobre las competencias de la comunidad autónoma, tanto en su dimensión funcional como material, sobre el gobierno local y su régimen jurídico.

Sobre la constitucionalidad de opción general que en este sentido ha sido tomada por el legislador estatutario catalán de dotar de un mayor contenido normativo a la regulación de las competencias, no cabe insistir ahora de nuevo. Para justificar la constitucionalidad de la medida, cabe remitirse a lo ya expuesto en el primer punto de este artículo, a fin de justificar que también sobre el régimen local, el Estatuto puede contener una mayor concreción funcional y material sobre las competencias autonómicas. Y así lo hace la Propuesta en el capítulo IV del título II ("De las instituciones"), que regula con precisión el Gobierno (artículos 83-94) y en el título III ("De las competencias") (artículo 160), donde se define el contenido de las competencias sobre el régimen local.

Acerca de la mayor precisión prevista por el Estatuto en la determinación de las competencias en materia de administración local, el artículo 160 restablece la competencia exclusiva de la Generalitat que, respetando el principio de autonomía local, incluye la regulación de las relaciones entre las instituciones de la propia Generalitat y los entes locales; la determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales en los ámbitos definidos por el Estatuto en el artículo 84; el régimen de los bienes de dominio público comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos; la determinación de los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Generalitat y el régimen de los órganos complementarios de la organización de los entes locales. Fuera de estos ámbitos, la competencia de la Generalitat es compartida con el Estado.

Pues bien, acerca de esta configuración competencial del Estatuto, conviene resaltar que el alcance de la salvaguarda de la autonomía local a la que se refiere el artículo 160, en principio, queda en una situación similar a la que tenía hasta ahora. En realidad, la concreción de la autonomía local no la ha establecido la Constitución, que se limita a reconocerla (artículo 140.1 de la CE), sino la legislación estatal sobre el régimen local y su régimen financiero (la legislación sobre las haciendas locales) de acuerdo con algunos parámetros interpretativos fijados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. De hecho, en la medida que su contenido ha pendido de la ley, la autonomía local ha sido un principio desconstitucionalizado. Dicho lo cual, cabe preguntarse si la situación experimenta algún cambio con las previsiones del nuevo Estatuto catalán. Objetivamente, hay que responder que, en principio, sí, sobre todo en razón de la naturaleza más rígida del Estatuto como norma. Porque, en efecto, esta circunstancia de orden formal ha de permitir una mayor garantía de la autonomía local. La concreción de las competencias por el Estatuto habría de facilitar una superior salvaguarda, en la medida en que aquél, como norma institucional básica y no la ley –un instrumento jurídico más vulnerable–, es el referente principal, acorde con la Constitución, para garantizar la autonomía de los entes locales. La novedad que aporta la reforma estatutaria es que la Ley de bases de régimen local no puede operar como el único factor para definir el ámbito de la autonomía de los entes locales. Ahora bien, el alcance de la autonomía local exigirá, si cabe, la interpretación del Tribunal Constitucional y a ello se remite el artículo 160.1 del Estatuto.

Con el nuevo Estatuto, el juicio de constitucionalidad habrá de fundamentarse en un bloque de la constitucionalidad, en el que uno de los pilares –la propia norma institucional básica de Cataluña– ha sido modificado, en la medida que incorpora a su contenido material una buena parte de las previsiones que hasta ahora se encontraban en la legislación básica sobre administración local. El alcance del cambio no es nada desdeñable, porque con ello dicho contenido se eleva de rango.

De acuerdo con este nuevo régimen jurídico, y dado que el Estatuto de autonomía reconoce también entre sus competencias la garantía de la autonomía local, parece evidente que debe asumir las competencias necesarias para prestar toda clase de servicios en todo lo relativo a la satisfacción de los intereses de la comunidad local (artículo 84). En este sentido, se produce un desplazamiento de la función de la ley de bases a favor del Estatuto, para la garantía de la autonomía local.

A fin de participar en la salvaguarda del principio de la autonomía local, el Consejo de Garantías Estatutarias, en su condición de órgano consultivo de la Generalitat encargado de velar por la adecuación a la Constitución y al Estatuto de las disposiciones de aquélla, dispone de una nueva función, cual es la de dictaminar preceptivamente y con carácter previo a la interposición del conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional (artículo 76.4).

Una tercera reflexión es la atinente a la relación competencial entre el Estado y la comunidad autónoma res-

pecto a la materia relativa al régimen local. Con el Estatuto de 1979, y tal como resultaba del artículo 9.8 del EAC, la competencia exclusiva sobre esta materia se debía ejercer sin perjuicio de lo dispuesto por la Constitución acerca de la legislación básica sobre el régimen jurídico de las administraciones públicas (artículo 149.1.18). Se trataba, pues, de una competencia compartida, inserta en la lógica propia de legislación básica estatal y ley autonómica de desarrollo. Y ello, sin que viniese impuesto por la Constitución. Pues bien, con la Propuesta de reforma, el régimen competencial cambia puesto que –como ha puesto de relieve Velasco Caballero, 2006, p. 48 y ss.–, la competencia estatal concurre con la competencia exclusiva de la comunidad autónoma. Esto es, la exclusividad autonómica sobre el régimen local no impide –es evidente– la regulación estatal a través de su competencia básica sobre dicha materia; si bien es cierto que el artículo 149.1.18 no se refiere expresamente a la administración local, tampoco la excluye y el Estado puede interpretar que su legislación básica alcanza también al régimen regulador de la administración local. Así ha sido, por otra parte, hasta ahora. Pero ello no es obstáculo para que una reforma estatutaria pueda permitir que la norma institucional básica de la comunidad autónoma prevea el alcance de su competencia exclusiva sobre régimen local, en el marco de unas bases comunes fijadas por el Estado para *todas* las administraciones públicas. Incluida la local.

Pero una cosa es la materia relativa a la Administración pública y otra es, a modo de ejemplo, la regulación de la potestad normativa local que es competencia de la Generalitat. Esta materia no pertenece al "régimen jurídico de las administraciones públicas" ni al "procedimiento administrativo común", sino que queda integrada dentro del ámbito de "gobierno". La potestad reglamentaria del gobierno se regula en la Ley 50/1997, del gobierno, no en la Ley 30/1992 del RJAP y del PAC. Luego, no habiendo un título competencial que reserve al Estado la regulación de la potestad reglamentaria con carácter general, nada empece para que las comunidades autónomas lo hagan en el ámbito de sus competencias (Font Llovet, 2006, p. 38).

Como distinto es también el régimen electoral local. Es cierto que el régimen electoral general del artículo 81 de la CE comprende, según la jurisprudencia constitucional (STC 38/1983), todo tipo de elecciones, entre ellas las locales. Pero esta propia jurisprudencia no niega la posibilidad que, junto a la reserva de ley orgánica, puedan existir regímenes singulares en el ámbito local. En todo caso, el régimen electoral no se integra en el ámbito de la competencia sobre el régimen jurídico de las administraciones públicas, lo cual ha de permitir que en el ámbito local, y en el marco de la legislación básica estatal sobre el régimen electoral, las comunidades autónomas puedan regular el régimen electoral local, en aquellos aspectos que trascienden al contenido esencial del derecho de sufragio que quedan sometidos a la reserva de ley orgánica. A ello responde la previsión del artículo 160.3 de la Propuesta de reforma: la Generalitat dispone de competencia compartida con el Estado para regular el régimen electoral de los entes locales municipales y exclusiva respecto de los entes creados por la comunidad autónoma (veguerías y comarcas), con excepción de los constitucionalmente garantizados (provincias).

Finalmente, y acorde con estos planteamientos, la Propuesta de reforma estatutaria define los principios de organización, funcionamiento, potestad normativa de los municipios (artículo 87), diferenciación (artículo 88) y establecimiento de un régimen especial para el municipio de Barcelona (artículo 89).

Los principios de organización, funcionamiento y potestad normativa significan que los municipios disponen de plena capacidad de autoorganización dentro del marco de las disposiciones generales establecidas por la ley (entiéndase, tanto la autonómica como la estatal). Por su parte, la potestad normativa de la que gozan, lo es como expresión del principio democrático, en el ámbito de sus competencias. Por tanto, las normas municipales pueden ordenar la actividad de los particulares, imponiendo obligaciones, limitaciones y prohibiciones.

El principio de diferenciación comporta que las leyes que afecten al régimen jurídico, orgánico, funcional, competencial y financiero de los municipios han de tener en cuenta las diferentes características demográficas, funcionales, organizativas, de dimensión y de capacidad de gestión que tienen.

Desde una perspectiva de innovación orgánica, la Propuesta incorpora el *Consejo de Gobiernos Locales* (artículo 85), como órgano de representación de municipios y veguerías en las instituciones de la Generalitat, también destinado a velar por la garantía de la autonomía local en los procedimientos de elaboración de las leyes y otras disposiciones de carácter general.

3. La veguería y la provincia en la Propuesta de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña. Las observaciones contenidas en el Dictamen 269, de 1 de septiembre de 2005, del Consejo Consultivo de la Generalitat de Catalunya

La Propuesta de reforma establece un modelo de ordenación territorial local de la Generalitat de Catalunya basado en la existencia obligatoria de los dos entes: los municipios y las veguerías (artículo 83). Asimismo, se establece que el ámbito supramunicipal está constituido en todo caso por las comarcas, cuya regulación se remite a una ley del Parlamento, lo cual no deja de poner de relieve una considerable multiplicidad de ámbitos territoriales y de administraciones públicas a su servicio.

Con respecto a las veguerías, el artículo 90 las define como el ámbito territorial específico para el ejercicio del gobierno intermunicipal de cooperación local. Es también la división territorial adoptada por la Generalitat para la organización territorial de sus servicios.

En tanto que ente local, el artículo 91.3 establece que "los consejos de veguería sustituyen a las diputaciones", y en el apartado 4 del mismo precepto se prescribe que la creación, modificación y supresión y también el establecimiento del régimen jurídico de las veguerías se regularán por una ley del Parlamento. Y, finalmente, la alteración, en su caso, de los límites provinciales se llevará a cabo conforme a lo previsto en el artículo 141 de la CE, que exige el requisito formal de una ley orgánica.

De acuerdo con esta regulación, se puede afirmar que en Cataluña las veguerías, en lo que concierne *exclusivamente* a la organización administrativa territorial, sustituyen a las provincias como entidades locales. En consecuencia, lo que resulta preciso preguntarse es si esta sustitución resulta conforme con la existencia obligatoria del ente local provincial en la Constitución española (artículo 137 de la CE) y, por lo tanto, si el artículo 90 y concordantes de la Propuesta de reforma son conformes a la Constitución.

La Constitución de 1978 se refiere al ente provincial en diversos preceptos. Así, el artículo 137 de la CE dispone:

"El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus intereses respectivos."

Por su parte, el artículo 141 de la CE establece que:

"1. La provincia es una entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado. Cualquier alteración de los límites provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica.

"2. El gobierno y la administración autónoma de las provincias estarán encomendados a diputaciones u otras corporaciones de carácter representativo.

"3. Se podrán crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia.

"4. En los archipiélagos, las islas tendrán, además, su administración propia en forma de cabildos o consejos."

Por su parte, los artículos 68 y 69 del texto constitucional también se refieren a la provincia, pero en su condición de circunscripción electoral. Así, el primero de estos artículos determina en sus tres primeros apartados, en relación con el tema que nos ocupa, lo siguiente:

"1. El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto en los términos que establezca la ley.

"2. La circunscripción electoral es la provincia.

"Las poblaciones de Ceuta y Melilla estarán representadas cada una de ellas por un diputado. La ley distribuirá el número total de diputados, asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción con la población.

"3. La elección se verificará en cada circunscripción ateniendo a criterios de representación proporcional."

Asimismo, el artículo 69 de la CE señala en sus dos primeros apartados lo siguiente:

"1. El Senado es la cámara de representación territorial.

"2. *En cada provincia* se elegirán cuatro senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada una de ellas, en los términos que señale una ley orgánica."

Además, hay que tener presente también el artículo 143.1 de la Constitución, que contempla la provincia como protagonista en el proceso de constitución de las comunidades autónomas.

Así pues, la provincia, en la Constitución, se configura con una triple funcionalidad: como ente local, como división territorial del Estado, para la organización de su administración periférica y como circunscripción electoral, tal como puso de relieve la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio, FJ 3:

"la provincia no es sólo circunscripción electoral (artículos 68.2 y 69.2), entidad titular de iniciativa para la constitución de comunidades autónomas (artículo 143.1) o división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado (artículo 141.1), sino también, y muy precisamente, 'entidad local' (artículo 141.1)."

De todo este conjunto normativo, interesa subrayar de forma especial la interpretación de los preceptos relativos a la provincia como ente local. En este sentido, hay que recordar la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio, por la que se introduce la doctrina de la garantía institucional de la autonomía provincial. En ella, el Tribunal Constitucional interpretaba que si bien en la Constitución no se asegura un contenido concreto ni un determinado ámbito competencial, sí que se garantiza la preservación de una institución en "términos recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar", de manera que sólo se podrá entender vulnerada esta garantía cuando "la institución es limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre".

Pues bien, teniendo en cuenta esta doctrina, el Dictamen 269, de 1 de septiembre de 2005, del Consejo Consultivo de la Generalitat de Catalunya, sobre este particular, no ha visto impedimento constitucional para sostener que los preceptos de la Propuesta de reforma del Estatuto de Cataluña no vulneran la garantía institucional del ente provincial, en tanto que se limitan a

modificar el nombre del ente provincial (que en Cataluña pasará a denominarse veguería), respetando en los otros aspectos, que son los sustanciales, los elementos identificadores del ente provincial.

Con respecto al cambio de nombre del ente, es cierto que existe una doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el cambio de nombre de las provincias forma parte de las bases del régimen local (STC 385/1993, de 23 de diciembre). Una doctrina que además debe reconocerse que no se refiere al cambio del nombre de la entidad en general (veguería por provincia), sino al nombre que identifica una provincia concreta, cosa que sin duda es un cambio de menor trascendencia que lo que ahora se contiene en la Propuesta de reforma.

La incorporación de la veguería en la organización territorial de la Generalitat obliga a tener en cuenta lo siguiente: que si se pretenden modificar los límites territoriales de las actuales provincias creando las nuevas veguerías con un número y una superficie distintos a las actuales cuatro provincias (como es sabido, en los estudios territoriales realizados hasta ahora, se baraja la posibilidad de dividir el territorio de Cataluña en ocho veguerías), será necesario que estos nuevos límites se establezcan en una ley orgánica, tal como establece el artículo 141.1 de la CE. Por tanto, el Estatuto carece de disponibilidad sobre la división provincial, la cual puede verse modificada en cuanto a sus límites y su número sólo por decisión estatal. Es decir, visto el contenido preciso y general del precepto, no es posible entender que la reserva de ley orgánica se limite a la provincia como circunscripción electoral, como se podría alegar atendiendo a la relación de esta delimitación territorial con la materia electoral y, por lo tanto, con la reserva de ley orgánica establecida en el artículo 81 de la CE. El artículo 141.1 de la CE hace referencia a las modificaciones de los límites territoriales de la provincia en cualquiera de sus acepciones.

Por otra parte, es del todo punto evidente que la denominación veguería y las nuevas delimitaciones territoriales sólo serán efectivas en relación con la provincia como ente local, cuando así lo determine una ley orgánica. Pero no en relación con la provincia como circunscripción electoral y como demarcación de la Administración periférica estatal, que en esta doble condición permanece. Así, a los efectos de las elecciones al Congreso y al Senado, es evidente que permanecen inmutables las actuales provincias, de acuerdo con los artículos 161 a 166 de la LOREG.

La ley a que hace referencia el artículo 91.4 de la Propuesta de reforma, que creará y establecerá el régimen jurídico de las nuevas veguerías, deberá respetar las bases del régimen local. Ahora bien, en relación con esta nueva planta territorial integrada por los entes supramunicipales, veguerías y comarcas, la capacidad de reordenación a través del Estatuto es superior a la que dispone respecto del municipio para definir su régimen jurídico.

Finalmente, en lo concerniente a la regulación del régimen electoral, en el apartado anterior se decía que la Generalitat, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 160 de la Propuesta de reforma, dispone de competencia exclusiva respecto de los entes creados por la propia comunidad autónoma (veguerías y comarcas), con excepción de los constitucionalmente garantizados (provincias).

Cabe, no obstante, preguntarse si la citada excepción referida a la provincia puede alcanzar a la veguería. Sobre todo porque si los consejos de veguería sustituyen a las diputaciones (artículo 91.3) y, lógicamente, las veguerías harán lo propio con las provincias (una vez aprobada la ley orgánica correspondiente), se plantea la cuestión de si, en el sentido del 160.3, la veguería pasa a ser un ente –además de estatutario– también "constitucionalmente garantizado" y, por tanto, sometido a un régimen jurídico electoral compartido entre el Estado y la Generalitat. Sin embargo, cabe entender que ello no es así, especialmente porque de acuerdo con el artículo 90.1 de la Propuesta de reforma –recordémoslo– no es un ente estatal, sino que "es el ámbito territorial específico para el ejercicio del gobierno intermunicipal de cooperación local y tiene personalidad jurídica propia. La veguería también es la división territorial adoptada por la Generalitat para la organización territorial de los servicios". Por tanto, en este caso no hay duda que la competencia en materia de régimen electoral sobre este ente territorial ha de ser exclusiva de la Generalitat. O dicho de otra manera: la provincia permanece como circunscripción electoral y ámbito territorial de la Administración periférica del Estado y desaparece como ente local en Cataluña a favor de la veguería, una vez que una ley orgánica así lo prescriba.

Referencias bibliográficas

AA.VV. *Informe sobre la reforma de l'Estatut*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2003.

De la Quadra-Salcedo, T. "Después del referéndum de Cataluña. ¡El Estatuto ha muerto¡ ¡Viva el Estatuto¡". *Claves de Razón Práctica,* 164, Madrid, 2006.

Font Llovet, T.; Velasco Caballero, F.; Ortega Álvarez, L. *El régimen local en la reforma de los estatutos de autonomía*. Madrid: Foro La Estructura Territorial del Estado, 6, CEPC, 2006.

Velasco Caballero, F. "Organización territorial y régimen local en la reforma del Estatuto de Cataluña". *Estudios sobre la reforma del Estatuto*. Barcelona: Instituto de Estudios Autonómicos. Generalitat de Catalunya, 2004, p. 283-350.

Viver Pi-Sunyer, C. "En defensa dels estatuts d'autonomia com a normesjurídiques delimitadores de competències. Contribució a una polèmica juridico-constitucional". *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 1, 2005, p. 97-130. ■

Los sujetos contratantes: alcance del concepto "poder adjudicador"*

1. Introducción.
1.1. Importancia y significado del Derecho comunitario de contratación pública. 1.2. Observaciones al anteproyecto de la LCSP. 1.3. De las consecuencias del vencimiento del plazo de transposición de la Directiva 18/2004.
2. Alcance del concepto "poder adjudicador". Criterios interpretativos.
2.1. Las posibles interpretaciones legales: una aproximación. 2.2. La necesidad de un criterio corrector: la noción amplia y funcional de "poder adjudicador". 2.3. La solución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. 2.4. Las sentencias del TJCE que condenan al Reino de España de 15 de mayo y de 16 de octubre de 2003 y de 13 de enero de 2005. Las consecuencias prácticas. 2.5. ¿Hasta dónde penetra el concepto de poder adjudicador: alcanza a la denominada "Administración corporativa". 2.6. Conclusión: una interpretación funcional del concepto de poder adjudicador.

José María Gimeno Feliu
Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza

* El texto que se publica se corresponde con la ponencia que presentó en la sesión de mayo de 2006 en el seminario de Derecho local que organiza la Federación de municipios de Cataluña con la colaboración de la Escuela de Administración Pública de Cataluña, el Ayuntamiento y la Diputación de Barcelona y el Area Metropolitana-Mancomunidad de municipios de Barcelona

1. Introducción[1]

1.1. Importancia y significado del Derecho comunitario de contratación pública

La materia de contratación pública es hoy en día de máxima actualidad no sólo por novedades de índole jurídica sino también por la incidencia que la misma tiene en el diseño y efectividad de las políticas públicas de los estados. En este estudio se pretende continuar reflexionando sobre las principales consecuencias que para nuestro ordenamiento jurídico y práctica administrativa se derivan de las nuevas reglas derivadas de lo que se ha venido a denominar el nuevo paquete legislativo, que pretenden hacer realidad el objetivo de un mercado interior en la Unión Europea.

Las nuevas directivas comunitarias en materia de contratación pública, con fecha de transposición límite de 31 de enero de 2006, amén de confirmar la tendencia hacia la formación de un Derecho común europeo,[2] obligan a una reflexión sobre sus consecuencias en la práctica administrativa nacional.[3] Máxime si, como parece ser, el plazo de transposición no es cumplido por el Estado español y los preceptos de estas normas que sean claros, precisos e incondicionados comienzan a desplegar efecto directo.[4] La aproximación al concreto alcance de esta reforma comunitaria obliga a unas precisiones previas. La primera, que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede –y debe, diría– ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos.[5] En este sentido, el considerando 5 de la Directiva 18/2004 es elocuente:

"Según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La presente Directiva clarifica, pues, de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio."

Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración pública.

Por último, la contratación pública, aunque con claros componentes de naturaleza presupuestaria, no puede verse condicionada por los mismos, ya que tiene naturaleza autónoma. Es más, en muchas ocasiones son esos condicionantes presupuestarios los que obligan a una lectura o una práctica no conforme con la esencia de las reglas de los contratos públicos. Práctica que está comportando la imposición de medidas financieras de corrección por las instituciones comunitarias al constatarse en un incumplimiento de las reglas de licitación pública en prestaciones financiadas con ayudas comunitarias.[6]

1. Esta ponencia es fruto de mi monografía *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid, 2005.

2. Por todos, *vid.* MORENO MOLINA, J. A., "Reciente evolución del Derecho público en el ámbito de la contratación pública. La tendencia hacia la formación de un derecho común", *Revista Contratación Administrativa Práctica, La Ley*, 34, 2004, p. 28-53.

3. Sobre el contenido de las misma, con visión propedéutica, puede consultarse el trabajo de FERNÁNDEZ GARCÍA, M., "La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo", RAP, 166, 2005, p. 281-320.

4. Por todos, *vid.* JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio (2002), "De nuevo sobre el efecto directo de las directivas", *Noticias de la Unión Europea*, 205, p. 115-120. El incumplimiento de este plazo de transposición –ya habitual en esta materia– encuentra razonamientos diversos. Pero uno, sin duda de relevancia, es la mecánica con la que en España se realiza la transposición del Derecho comunitario, siguiendo los trámites ordinarios de todo procedimiento para elaborar una ley. Práctica que en muchos casos ya resulta de sí incompatible con los plazos de transposición y que, además, *permite retocar* preceptos de la propia Directiva, lo que genera importantes problemas de seguridad jurídica.

5. Así se entiende la previsión de la Directiva de permitir la existencia de contratos reservados a favor de entidades de carácter social por la que se limitaría a éstas la posibilidad de participar o se permitiría reservar su ejecución a determinadas empresas en el marco de programas de empleo protegido cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. Igualmente, en una adecuada interpretación teleológica, parece lógico entender que también podrán ser beneficiarios de la reserva las empresas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social. En todo caso, debería preverse que, por ejemplo, el importe de los contratos reservados no podrá superar el dos por ciento del importe de los contratos adjudicados mediante procedimiento negociado en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior (los anuncios de licitación de los contratos objeto de esta reserva deberán mencionar expresamente la presente disposición).

6. De hecho, en nota de prensa de 14 de enero de 2005, la Comisión anuncia la remisión a España de un dictamen motivado (instrumento previo a la interposición del recurso por incumplimiento del artículo 226 del TCE) por no transponer correctamente el concepto de entidades de Derecho público de la Directiva puesto que excluye de él a las fundaciones, "incluso tras una modificación introducida en 2003", en alusión a la Ley 62/2003.

Estas nuevas directivas pretenden, en palabras de sus considerandos:

"responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los operadores económicos en el marco de las respuestas al Libro verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, es conveniente, por motivos de claridad, proceder a su refundición en un único texto. La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales […] contenidos en el 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.*" (La cursiva es nuestra.)

Por consiguiente, y al margen del concreto importe del contrato, la legislación nacional de contratos públicos debe, en todo caso, respetar los principios comunitarios referidos, no existiendo, por tanto, ámbitos de la contratación pública exentos en función de su umbral, sino que, a partir de cierto importe, juegan la concreción de los mismos contenidos en la Directiva que deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado. En suma, en todo caso, como bien advirtiera ya Baño León, al margen de que en función del importe del contrato puedan diseñarse unos u otros procedimientos de selección y adjudicación de contratos, los estados deben garantizar en sus normas y en su concreta aplicación práctica porque la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de Derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados.[7]

Como se ha observado, esta nueva normativa incorpora las resoluciones del TJCE. Se constata la importancia de esta jurisprudencia, auténtica fuente del Derecho y dinamizadora en la plasmación efectiva de los principios referidos en esta materia. Por ello, su análisis detallado es necesario para poder alcanzar conclusiones que, en modo alguno, pueden conducirnos a interpretaciones contrarias a dicha doctrina. Así se pone de manifiesto en la STJCE de 2 de junio de 2005 (Koppensteiner GMBH), al afirmar que cuando una norma comunitaria establece previsiones que:

"son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665."

Y es que, como bien destaca el profesor Lorenzo Martín-Retortillo, "cualquier juez tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario. Eso es todo, nada más, pero nada menos".[8] Sólo así cobra sentido el principio de seguridad jurídica.[9]

En consecuencia, las propias directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación *secundum directivam*.[10] De esta forma, en las mismas directivas se encuentra el mecanismo para dar solución a los (no tan) hipotéticos conflictos entre el resultado a alcanzar, fijado por la Directiva, y los medios y la forma para ello, seleccionados por los estados miembros.

7. Y es que, como bien afirma este autor, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las directivas comunitarias que cuando no lo está. "La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las administraciones públicas", RAP, 151, 2000, p. 13. Opinión que comparte E. Carbonell Porras en su trabajo "El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?", en el libro colectivo *Estudios de Derecho público económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

8. L. Martín-Retortillo, "La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho", discurso leído el día 25 de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 100. Como dice, el Derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarra y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad.

9. *Vid.* J. Bermejo Vera, "El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural", discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, leído el día 6 de abril de 2005, p. 105-117.

10. Compartimos en este punto la opinión de Ordóñez Solís, a tenor de la cual, la obligación de interpretar las normas nacionales de ejecución *secundum directivam comunitariam* favorece la naturaleza y la finalidad de estas peculiares normas comunitarias, que sólo dejan en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. "La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario europeo", *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, 1921, julio de 2002, p. 2354.

1.2. Observaciones al anteproyecto de la LCSP

El anteproyecto presentado por el Gobierno ha sido respondido muy críticamente desde el mundo empresarial, habiendo solicitado incluso la CEOE la retirada del mismo.[11] Y es que, atendiendo a lo que hemos expuesto en el apartado anterior, el anteproyecto de la LCSP se nos presenta conservador y poco innovador. Además, su sistemática aporta más confusión que claridad, sugiriéndose, a esos efectos, que se abordasen las cuestiones en una secuencia lógica que podría consistir en la definición de los principios aplicables para regular después los distintos sujetos que intervienen –poder adjudicador y operador económico– y de los contratos incluidos y negocios excluidos.[12] Posteriormente, se debe abordar la cuestión común de procedimientos y criterios de adjudicación, procedimientos electrónicos y control de toda la contratación pública. En otro libro se abordaría la parte general de todo contrato administrativo para posteriormente detallar las especialidades de cada modalidad de contrato típico. La mayoría de las disposiciones adicionales se deben incluir en el articulado. La Ley, por su ámbito, debería denominarse Ley de contratos públicos.

Las principales novedades de una nueva legislación de contratos públicos frente a la LCAP que podrían sugerirse serían las siguientes:

a) El ámbito de la Ley abarcaría las diversas administraciones públicas, el Parlamento, Tribunal de Cuentas, así como las personificaciones privadas controladas por las administraciones públicas, adoptando así, por primera vez, un criterio funcional que desempeñara una trascendental función unificadora de la contratación pública en España. Figura importante será la central de compras, que está llamada a convertirse en un claro instrumento de colaboración administrativa y que debe traducirse en simplificación de la política de compras públicas para muchos de los sujetos sometidos a esta Ley, especialmente los pequeños municipios. Se regularía igualmente la técnica de encargos a los entes instrumentales propios como mecanismo de agilidad organizativa. En este punto el anteproyecto de la LCSP resulta insatisfactorio: debería definirse el concepto de poder adjudicador y aportar un listado indicativo en la línea formulada. Al respecto, se observa que la inclusión de las mutualidades va más allá de lo dispuesto en la Directiva y jurisprudencia del TJCE y debería eliminarse.

Por otra parte, la no-consideración de administración pública de las entidades públicas empresariales resulta contraria a lo dispuesto en la Ley 30/1992, y genera confusión e inseguridad jurídica, resultando más adecuado prever a esos efectos que el régimen jurídico de sus contratos estará sometido al Derecho privado (aunque la opción no parece aconsejable al despojar a la entidad de sus prerrogativas). Lo contrario supone una excepción a una legislación básica mediante una ley especial, lo que técnicamente no es correcto. Por otra parte, las especialidades de la Administración local deben recogerse en un capítulo específico –que atienda también a la especificidad de los pequeños entes locales–, y que no regule cuestiones propias de legislación general como es la distribución competencial Alcalde-Pleno.

Debe preverse expresamente la posibilidad de que varios entes contratantes sumen sus necesidades y tramiten un único procedimiento de licitación, tal como previene la Directiva 18/2004, al comportar evidentes economías de escala.

b) Se debe optar por la adecuada transposición de los requisitos de capacidad solvencia, y causas de exclusión para contratar, debiendo destacarse la posibilidad de que la subcontratación pueda ser un criterio para valorar la solvencia del operador económico contratista que licita. En este aspecto, el anteproyecto es un tanto confuso y presenta contradicciones. La subcontratación debe regularse con la solvencia y no con la fase de ejecución.[13] Las previsiones de registros de licitadores deben incluirse en este capítulo. Es aquí donde se deberían incluir criterios sociales como estabilidad, discriminación positiva, etc., al garantizar que se selecciona a la mejor empresa de acuerdo con las políticas sociales públicas definidas en nuestro ordenamiento jurídico. Lo contrario es un claro incentivo a la deslocalización empresarial.

De la lectura del artículo 52 de la Directiva 18/2004, se puede llegar a la conclusión, defendida por cierto sector doctrinal, de que convendría abandonar el actual sistema de clasificación de contratistas (o elevando las cuantías previstas, sobre todo en servicios, tuviera carácter potestativo), pues con la nueva regulación comunitaria el sistema hasta ahora vigente deja de ser operativo, cumpliendo su función el Registro de Licitadores. El texto legal debería igualmente hacer posible eximir al licitador de la obligación de presentar la documentación sobre los extremos que los sujetos contratantes comprueben de oficio, y permite efectuar propuestas de adjudicación, que no adjudicaciones, condi-

11. Una primera crítica formal es que este anteproyecto no cumple las directrices de técnicas normativas aprobadas por la resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia, que contiene las directrices para la elaboración de las normas, determinando criterios generales de técnica normativa. Y no las cumple porque la estructura no es correcta, no se siguen las instrucciones de redacción de los artículos y éstos son demasiado extensos y existen más de quinientas remisiones en el texto, lo que convierte al producto final en un claro ejemplo de inseguridad jurídica.

12. La sistemática del anteproyecto ha llevado a compararla a F. BLANCO con el juego numérico del sudoku. "El procedimiento de selección y los criterios de adjudicación", página 3 de su ponencia en el seminario organizado por IEAP/CER en Barcelona los días 23 y 24 de febrero de 2006.

13. *Vid.* GIMENO FELIU, *La nueva contratación…, op. cit.*, p. 181-202.

cionadas a la presentación de determinados documentos antes de la adjudicación (esta última se configura como momento clave del proceso contractual, puesto que presupone la previa comprobación de los requisitos exigidos para contratar y abre el camino a la fase de ejecución). En todo caso, conviene recordar la conocida sentencia del TJCE Alcatel, de 1999, en cuya virtud no será posible formalizar el contrato hasta que no se resuelvan los recursos planteados.

c) Se considera un acierto la eliminación de las garantías provisionales al licitador para la concreta prestación, lo que se traduce en una evidente descarga burocrática, a la vez que en un incentivo a la participación a la licitación, especialmente para las pequeñas y medianas empresas. Es, en definitiva, una medida tanto de conveniencia como de prudencia jurídica, que permitiría resolver importantes disfunciones prácticas. Sin embargo, la lógica sistemática de la norma obliga a que estos preceptos sean previos a los que regulan las garantías definitivas.

d) El anteproyecto de la LCSP pretende diseñar con nitidez los perfiles de los distintos tipos de contratos públicos, diferenciando de lo que es el régimen jurídico –público o privado– de los mismos, optando por la tipología comunitaria que evite innecesarias confusiones. Así, se habla correctamente de un contrato de obras, un contrato de suministro y un contrato de servicios. Sin embargo, el tema de concesiones no parece bien resuelto, y se propone como alternativa la regulación de los contratos de concesión en sus tres variantes (atendiendo a su función) de construcción y explotación de obras, de explotación de servicios monopolizados (el anterior contrato de gestión de servicios públicos) y el de explotación de infraestructuras, a los que se dotaría de un régimen de ejecución común, y que permitiría dar adecuada cobertura legal a las prácticas habituales en España. Contratos que deben ser diferenciados de los contratos patrimoniales a los que les serán de aplicación sus propias normas y sólo supletoriamente lo dispuesto en esta Ley. Lo que no se comprende es que parece que sobreviven los contratos administrativos especiales (artículo 19.2), pese a que no se definen ni se mencionan en la Memoria explicativa. La lógica del anteproyecto aconseja que desaparezca esta previsión.

Por último, por vocación de la Ley, resulta ilógica la previsión de la técnica de convenio en función del ente y del importe. Debe trasponerse adecuadamente la STJCE de 11 de enero de 2005, que condena al Reino de España por esta práctica. El umbral –como hemos advertido en esta introducción– debe ser irrelevante a estos efectos.[14] En esta misma lógica, los apartados m) y n) del artículo 4 requieren un tratamiento específico bajo la rúbrica de encargos o encomiendas a entes propios, recogiendo adecuadamente la doctrina del TJCE sobre este asunto.[15] Y es en este artículo donde debe regularse la técnica del concierto y sus condicionantes (no debe confundirse la acción concertada con los contratos) ni que ciertas prestaciones sean auténticos contratos de servicios (paradigma de lo que se expone es el ámbito sanitario).

e) La parte dedicada a los procedimientos de adjudicación contiene uno de los aspectos más novedosos del anteproyecto de ley al diferenciar entre contratación de publicidad comunitaria (el anteproyecto la denomina *armonizada*) y la inferior a ésta, y a regular la contratación pública y los medios electrónicos. El objetivo básico de esta regulación pasa por, respetando los principios básicos, combinar el rigor en el control de posibles abusos e irregularidades con vías formales flexibles, más adaptadas a la envergadura real de los contratos, que reduzcan la carga burocrática en los casos en que no sea necesaria. Los procedimientos de adjudicación que incorporará la futura Ley se habrían de basar, por un lado, en la distinción entre procedimientos abiertos, selectivos (anterior restringido), negociados y diálogo competitivo, para los de umbral comunitario, y, además, abreviado y simplificado (en el que, en general, se opera contra factura) para los de cuantía no comunitaria (con plazos mínimos de licitación más adaptados a las necesidades reales de estos contratos). En estos casos, parece acertada la propuesta que eleva la cuantía que permite acudir a un procedimiento negociado (con y sin publicidad), ya que las propias circunstancias del mercado y del procedimiento así lo aconsejan. Sin embargo, creemos que resulta conveniente prever además un nuevo procedimiento abreviado, caracterizado por ser un procedimiento abierto a la participación de cualquier interesado, en el que es posible la publicidad de la licitación a través de medios de prensa, de gran difusión efectiva, o mediante web. La elevación de las cuantías del contrato menor no resulta una medida acertada y debería desaparecer este contrato y sustituirse por uno simplificado.

En cuanto a la incorporación de las TIC a la contratación pública en el anteproyecto de la LCSP, amén de existir una inadecuada sistemática, debería advertirse más nítidamente la diferencia entre medios electrónicos y procedimientos electrónicos.[16] La previsión de la Ley de dos nuevas modalidades, el sistema de adquisición dinámica y la adquisición electrónica, debe recogerse en el capítulo dedicado a procedimientos. En este punto se considera un acierto la regulación de estas modalida-

14. *Vid.* GIMENO FELIU, *La nueva contratación…*, *op. cit.*, p. 136-137.

15. GIMENO FELIU, "La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: Alcance de la jurisprudencia comunitaria", *Informe Comunidades Autónomas 2005.*

16. Sobre esta cuestión me remito a mi trabajo *La nueva contratación…*, *op. cit.*, p. 228-250.

des, ya que la contratación pública a través de internet ofrece, además de los beneficios financieros, un acceso más sencillo a los mercados mundiales al proporcionar más visibilidad y unos procesos administrativos más simples. Estos nuevos horizontes pueden ser particularmente beneficiosos para las PYME, al permitirles buscar oportunidades fuera de su entorno más inmediato.

f) Las formas de adjudicación deberían ser el concurso y subasta (aunque cabría pensar en la posibilidad de incorporar la terminología comunitaria de oferta económicamente más ventajosa y precio más bajo respectivamente) y serán reguladas conforme a lo dispuesto en el Derecho comunitario, incorporando para ambos la técnica de la oferta anormalmente baja. La sistemática aquí es confusa y debe ser modificada al no parecer correcto incluir en un mismo criterio lo que ahora son dos criterios de adjudicación tanto en nuestra LCAP como en la Directiva. Por lo que se refiere al concurso, el elemento común a todos los criterios de evaluación de las ofertas es que han de referirse a la naturaleza de los trabajos que se van a realizar o la forma en que se harán. Entre las novedades resalta la posibilidad de valorar aspectos ambientales o de calidad vinculados a la prestación del contrato, conforme a la interpretación dada por la jurisprudencia comunitaria (dando por hecho que ciertas condiciones deberán tener carácter obligatorio y figurar en las respectivas especificaciones técnicas). En el caso de concurso debe preverse que la oferta económica sea valorada posteriormente a la oferta técnica (lo que empieza a ser una práctica habitual que genera más concurrencia).

g) Las normas generales de tramitación administrativa de los expedientes de los sujetos de naturaleza pública se deberían asentar sobre ejes nítidos, que se habrán de caracterizar por la supresión de trámites que no repercuten en controles reales de fondo, haciendo descansar éste último, cuando proceda, en las juntas de contratación pública. En resumen, se deberán simplificar los trámites posibilitando una más rápida adjudicación y, por ende, efectiva satisfacción de la prestación que se necesita. Desde esta perspectiva sorprende que haya desaparecido la tramitación anticipada, que ha demostrado su utilidad. La lógica aconseja que se introduzca en el texto esta modalidad.

h) En la ejecución, suspensión y resolución del contrato, además de algunas variaciones y garantías adicionales sobre el texto presentado, parece oportuno recoger la posibilidad de que los interesados puedan recurrir los motivos de un modificado, lo que habrá de suponer la introducción de una eficaz garantía práctica que puede coadyuvar a erradicar prácticas a todas luces incorrectas y que descargan la responsabilidad en las concretas personas que lo acometen. Se debería habilitar penalidades contractuales pactadas en pliego (extendibles al margen de la naturaleza privada o pública del ente contratante). Es en este capítulo general de ejecución donde se debe incluir el precepto de fuerza mayor. El control no debe residenciarse en el Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente sino en las juntas consultivas de contratación administrativa, habida cuenta el perfil y vocación de éstas.

i) La diferenciación de régimen jurídico para empresas públicas y entes análogos para contratos inferiores al umbral comunitario exige una mayor concreción del contenido de esas instrucciones. Aunque la propuesta resulta en sí una clara mejora al texto legal actualmente vigente e introduce cierta seguridad, aunque conviene clarificar la terminología y aclarar que están sometidos a los principios comunitarios y constitucionales de concurrencia, transparencia, no-discriminación, reconocimiento mutuo, objetividad y eficiencia procedimental y de los fondos públicos que gestionan.

j) Por último, debe llamarse la atención sobre la implantación para todo contrato, independientemente de su umbral y de la personalidad pública o privada de quien contrata, de un sistema de recursos rápido y eficaz, con tutela cautelar de todo tipo, que no puede descansar, como se prevé en el anteproyecto de la LCSP, en el mismo órgano de contratación al vulnerar la finalidad de la Directiva comunitaria y la doctrina del TJCE en sentencia de 28 de octubre de 1999 (Alcatel), al señalar que la Directiva recursos del 1989 "debe interpretarse en el sentido de que los estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato". El recurso debe descansar sobre un órgano administrativo especializado (bien podrían ser las juntas consultivas de contratación pública), que deberá resolver en un breve plazo y que imposibilitará hasta su resolución la efectiva formalización del contrato. Con una regulación así se conseguiría una efectiva y leal transposición a la Directiva 89/665/CEE, modificada por la Directiva 92/50, de recursos.[17] Por ello, en modo alguno puede aceptarse que el recurso se residencia en el mismo órgano que dictó el acto. Opción que supone manifiesta contravención del Derecho comunitario.

Lo que en modo alguno es admisible es la previsión del artículo 21.2, que resucita la problemática de la dualidad de jurisdicciones. Una adecuada coherencia obliga a mantener la clásica teoría de los actos separables

17. *Vid.* GIMENO FELIU, *La nueva contratación…, op. cit.*, p. 251-301.

residenciando en la jurisdicción contencioso-administrativa los litigios derivados de las controversias surgidas en la fase de preparación y adjudicación del contrato, al margen de la naturaleza pública o privada del ente contratante.

k) Por último, siguiendo el modelo de las instituciones comunitarias y del ordenamiento francés, parece conveniente la constitución de un consejo consultivo para la apertura de la contratación pública, interdisciplinar y con representación autonómica, empresarial y académica, y que debe servir de foro u observatorio para analizar el mercado de los contratos públicos e informar y proponer iniciativas que garanticen los objetivos de una adecuada y correcta política de contratación pública.

1.3. De las consecuencias del vencimiento del plazo de transposición de la Directiva 18/2004

Una vez vencido el plazo de transposición para el Reino de España de la Directiva 18/2004, se plantea el problema de si ésta despliega o no un efecto directo. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 57/2005, de 19 de diciembre, a petición de la Diputación Provincial de Huesca, sostiene sobre esta cuestión que tendrá efecto directo sobre "los extremos concretos y particulares en que no exista dudas de su aplicación". Este Informe, ciertamente ambiguo y poco "ambicioso", reconoce, en definitiva, el efecto directo de la Directiva –aunque renuncia a pronunciarse sobre qué preceptos–, de tal manera que de conformidad a tal doctrina son ya de aplicación en nuestro ordenamiento interno los preceptos de esta norma que sean claros, precisos e incondicionados.[18] Y sobre esta cuestión conviene traer a colación el dato de que esta doctrina del efecto directo ha girado en torno a los fines, objetivos y estructura de la Comunidad, así como de la especificidad y autonomía de su ordenamiento, y a la llamada participación de los pueblos europeos contemplada en el preámbulo de los tratados. Se trata, en fin, de hacer efectivo el carácter normativo de las directivas que se predica del artículo 243, párrafo tercero, del TCE. De estas premisas parte el TJCE para construir esta doctrina, en la conocida sentencia Van Gend en Loos, de 1963.[19] El efecto directo de la Directiva es claro en la jurisprudencia del TJCE. La sentencia RATTI, de 5 de abril de 1979, y la sentencia de 19 de enero de 1982, Ursula Becker contra Finanzant Munster-Innenstadt, ya clarificaron en su día la aplicabilidad del efecto directo de las directivas comunitarias. La sentencia Ursula Becker plantea una cuestión de gran trascendencia, cual es que las directivas comunitarias constituyen normas básicas del Derecho comunitario. A este respecto, la citada resolución del TJCE viene a confirmar a su vez una jurisprudencia anterior, en el sentido de que "cuando las disposiciones de una directiva son, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y precisas, tales disposiciones pueden ser invocadas por los particulares afectados a falta de medios de ejecución de la mencionada Directiva que debían haber sido adoptadas por el Estado destinatario de la Directiva en un plazo determinado". En consecuencia, los particulares ven reforzada su esfera jurídica y el Derecho comunitario logra que su efecto útil, es decir, su funcionalidad, no se vea desvirtuada por una eventual inejecución de las directivas comunitarias por un Estado miembro.[20]

La sentencia Faccini Dori, de 14 de julio de 1994, establece la negativa a reconocer efectos directos de la Directiva entre particulares, remontándose a la doctrina ya declarada en la sentencia Marshall, de 26 de febrero de 1986, reiterando su razonamiento de que la *invocabilidad de las directivas frente al Estado, o cualquier ente estatal, tiene fundamento en el carácter obligatorio que el artículo 189 del TCE reconoce a las directivas, pero sólo frente a todo "Estado miembro destinatario", y cuya finalidad es impedir que un Estado miembro pueda beneficiarse de su incumplimiento del Derecho comunitario*. Insistirá el Tribunal en este último aspecto, señalando que *resultaría inaceptable que un Estado al que el legislador comunitario le ha obligado a adoptar ciertas reglas destinadas a regular sus relaciones con los particulares y a otorgarles el beneficio de ciertos derechos pudiera invocar la inejecución de sus obligaciones con*

18. Por todos, *vid.* J. M. TRAYTER, "El efecto directo de las directivas comunitarias: El papel de la Administración y los jueces en su aplicación", RAP, 125, 1991, p. 188 y ss., y JIMÉNEZ-BLANCO, A., "De nuevo sobre el efecto directo de las directivas", *Noticias de la Unión Europea*, 205, 2002, p. 115-120. El incumplimiento de este plazo de *transposición* –ya habitual en esta materia– encuentra razonamientos diversos. Pero uno, sin duda de relevancia, es la mecánica con la que en España se realiza la transposición del Derecho comunitario, siguiendo los trámites ordinarios de todo procedimiento para elaborar una ley. Práctica que en muchos casos ya resulta de sí incompatible con los plazos de transposición y que, además, *permite retocar* preceptos de la propia Directiva, lo que genera importantes problemas de seguridad jurídica.

19. Efecto directo que se reconoce así, entre otras, en la STJCE de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn, asunto 41/71. El TJCE reconoce de nuevo el efecto directo en su sentencia de 7 de octubre de 1968, Corveleyn c. Estado belga, rec. 1968, p. 536. A partir de la sentencia Van Duyn, el TJCE insistirá en ocasiones posteriores sobre la posibilidad de invocar ante los tribunales nacionales las Así, sentencias de 26 de febrero de 1975, Bonsignore, asunto 67/74; de 28 de ocubre de 1975, Rutili, asunto 36/75; de 8 de abril de 1976, Royer, asunto 48/75; y de 27 de octubre de 1977, Bouchereau, asunto 30/77 (todas ellas con relación a la misma Directiva 64/221/CE); sentencias de 7 de julio de 1976, Watson y Belmann, asunto 118/75; de 14 de julio de 1977, Sagulo, asunto 8/77; y de 3 de julio de 1980, Pieck, asunto 157/79 (éstas con relación a la Directiva relativa a la supresión de restricciones al desplazamiento y estancia de trabajadores en los estados miembros y de sus familias en el interior de la Comunidad). En este mismo sentido se manifiesta el TJCE en las sentencias de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo, asunto 103/88; y de 1 de junio de 1999, Kortas, asunto C-319/97 (doctrina aceptada por nuestro Tribunal Supremo: STS de 15 de marzo de 1999 o STS de 17 de julio de 2003).

20. EDWARD, David A. O., "Efecto directo y primacía del Derecho comunitario. El problema especial de las directivas", *Revista Vasca de Administración Pública*, 42, mayo-agosto de 1995, p. 35-42.

la finalidad de privar a los particulares del beneficio de tales derechos. Lo que no puede hacer el Tribunal es extender su jurisprudencia respecto a la aplicabilidad de las directivas frente al Estado al ámbito de las relaciones entre particulares, pues considera que la Comunidad Europea sólo puede crear obligaciones en los particulares por medio del instrumento normativo que son los reglamentos y no las directivas. Pero el Tribunal no se contenta con declarar que la Directiva no puede ser invocada por un particular contra un determinado o concreto particular, sino que, buscando la mayor aplicación del Derecho comunitario, *le recuerda al juez proponente que necesariamente debe interpretar la legislación estatal existente con el referente de la (incumplida) Directiva comunitaria*. Se logra así el efecto de considerar efectivamente a todo juez del Estado miembro como juez de la Comunidad.

Tras lo que se acaba de exponer (a efectos didácticos), y esta afirmación es relevante, el efecto directo es exigible a las administraciones públicas y poderes adjudicadores al ser norma incorporada con plena eficacia al ordenamiento nacional (y así lo ha recordado la Comisión Europea a las comunidades autónomas en reunión celebrada a finales de enero de 2006). De hecho, la Dirección General de Asuntos Europeos y Acción del Gobierno de Aragón, con fecha de 1 de febrero de 2006 –en paradigmático ejercicio de responsabilidad institucional– ha recordado a los distintos órganos de contratación que "La Comisión Europea recordó que el respeto de la legislación comunitaria en materia de contratación pública constituye una de las condiciones para la concesión de las ayudas de los Fondos Estructurales y de Cohesión, con independencia de los problemas legales que supone en todo caso la inaplicación del Derecho comunitario en esta materia", y que, vencido el plazo de transposición sin cumplimiento del Estado español, pueden existir "consecuencias financieras de su inaplicación con posterioridad a esa fecha, ya que de no cumplirse con las disposiciones de las nuevas directivas estaríamos en presencia de infracción a la normativa comunitaria de contratación pública. Por todo ello, la Comisión recomendó que de ser imposible para las autoridades españolas trasponer a tiempo estas directivas se adoptarán medidas transitorias de forma que los poderes adjudicadores se atengan a ellas directamente en espera de transposición".

Un ejemplo que corrobora esta tajante afirmación lo encontramos, entre otros, en el Derecho comunitario ambiental.[21] Así, en la STJCE de 11 de agosto de 1995, Comisión c. Alemania, el TJCE ha declarado el efecto directo de los artículos 2, 3 y 8 –obligación de evaluar, factores a evaluar y obligación de considerar la información remitida durante el procedimiento a la hora de una decisión sobre el proyecto– de la Directiva 85/337 en su redacción originaria. Literalmente se afirma en el apartado 40 de esta sentencia: "las disposiciones consideradas imponen, pues, sin equívocos, a las autoridades nacionales competentes en materia de autorización, la obligación de efectuar una evaluación de impacto ambiental de determinados proyectos."

Una conclusión resulta evidente. Y es que, al menos desde la perspectiva comunitaria, no resulta indiferente cuál sea la interpretación dada a las normas del Derecho comunitario, aunque afecte exclusivamente a Derecho interno.[22] Esto nos obliga a interpretar la legislación nacional de forma compatible a los principios e intereses públicos comunitarios. El efecto útil de las directivas, en palabras de García de Enterría, debe siempre preservarse.[23] Es más, las propias directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación *secundum directivam*.[24] De esta forma, en las mismas directivas se encuentra el mecanismo para dar solución a los (no tan) hipotéticos conflictos entre el resultado a alcanzar, fijado por la Directiva, y los medios y la forma para ello, seleccionados por los estados miembros.

En todo caso, un problema es determinar qué preceptos tienen alcance directo.[25] Y en este punto difiero del parecer de la JCCA, pues a mi entender la gran mayoría de los preceptos son claros, precisos e incondicionados, por lo que despliegan efecto directo. Por supuesto, son de aplicación ya las definiciones del artículo 1 de la Directiva 18/2004 (lo que afecta, entre otros, al 220 de la LCAP), y los artículos 2, 3, 4, 5, 6 (disposiciones generales), 8, 9, 10, 14, 15, 16 a 27 (exclusiones y pliegos), 28, 30 31, 32 y 33 (estos dos últimos porque ya se permite con la vigente LCAP), y 34 (normas de procedimiento), 35 a 43 (publicidad y anuncios), 44 a 52 (desarrollo del procedimiento),

21. Por todos, KRÄMER, Ludwig, "Sobre el efecto directo de las directivas comunitarias de medio ambiente", *Revista de Derecho Ambiental*, 7, enero-junio de 1991, p. 9-25.

22. BAÑO LEÓN, José María, "La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las administraciones públicas", *Revista de Administración Pública*, 151, enero-abril de 2001, p. 12. En la misma línea, NOGUERA DE LA MUELA señala que la Ley de contratos tiene su razón de ser en el Derecho Comunitario, de manera que aquélla sólo puede ser correctamente entendida en el contexto de este Derecho. P. 113.

23. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley", en GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 93.

24. Compartimos en este punto la opinión de ORDOÑEZ SOLÍS, a tenor de la cual la obligación de interpretar las normas nacionales de ejecución *secundum directivam comunitariam* favorece la naturaleza y la finalidad de estas peculiares normas comunitarias, que sólo dejan en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. "La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario europeo", *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, 1921, julio de 2002, p. 2354.

25. En cuanto a los umbrales recuérdese que desde el 1 de febrero son de aplicación los previstos en el Reglamento (CE) núm. 2083/2005 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2005, por el que se modifican las directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos.

53, 55 (adjudicación de contratos), 56 a 65 (concesión de obra pública) 66 a 74 (concurso de proyectos), y 75 y 76 (obligaciones estadísticas).

Obviamente, esta situación debe ser transitoria y no debería prolongarse en el tiempo. Debe, pues, abordarse con urgencia y seriedad la transposición evaluando previamente, como bien sugiere S. Arrowsmith, cuál debe ser la técnica jurídica más conveniente para alcanzar efectivamente este objetivo.[26] En todo caso, conviene recordar que cuando se produzca la transposición al ordenamiento español de la citada normativa comunitaria no podremos por ese hecho "olvidarnos de ella en el día a día", ya que desde una perspectiva estrictamente formal, la norma nacional y sus modificaciones exigen un detallado examen de sus condiciones o requisitos técnico-formales a fin de determinar su validez, pues en la medida en que se vaciara de contenido preceptos de las directivas comunitarias sería de aplicación la jurisprudencia contenida en el auto del TJUE de 22 de abril de 1994, en la que se afirma que el incumplimiento del contenido de una directiva aplicable a un contrato público constituye un perjuicio grave para la legalidad comunitaria, de tal manera que en el mismo se reconoce a la Comisión, en su condición de guardiana de los tratados, la posibilidad de incoar un procedimiento sobre medidas provisionales paralelamente a un recurso por incumplimiento vinculado a un procedimiento impugnado de adjudicación de un contrato público. Asimismo, quedará abierta la vía de la responsabilidad patrimonial del Reino de España por incumplimiento de Derecho comunitario, tal como han puesto de relieve las recientes sentencias del TJUE de 19 de enero de 1991 (*Francovich*), 16 de diciembre de 1993 (*Wagner Miret*), 14 de julio de 1994 (*Faccini Dori*) y 7 de marzo de 1996 (*El Corte Inglés c. Cristina Blázquez*). Según esta jurisprudencia, el Estado incumplidor deberá resarcir a todos aquellos perjudicados por el incumplimiento en la adaptación del Derecho comunitario, siempre y cuando exista, claro está, nexo causal, entre dicho perjuicio y la no-transposición de las normas comunitarias.[27] Jurisprudencia consolidada por las STJUE de 5 de marzo (*Brasserie du Pecheur-Factortame*) y de 26 de marzo (*British Telecom*) de 1996, que ha ido más lejos reconociendo que el Estado puede ser responsable de los perjuicios (entre los que se encuentra el lucro cesante) que se ocasionen por una infracción del Derecho comunitario. Finalmente, deberá tenerse en cuenta el posible efecto directo por transposición incorrecta, tal como viene reiterando la jurisprudencia del TJCE (recientemente, entre otras, sentencias de 23 de febrero y de 3 de marzo de 1994, y de 11 de agosto de 1995) el efecto directo (vertical) de las directivas comunitarias incumplidas si sus preceptos, por su naturaleza, son susceptibles de generar dicho efecto.[28] Criterio por lo demás ya consolidado por la jurisprudencia del TJCE cuyas sentencias *Beentjes*, de 20 de septiembre de 1988, y *Fratelli*, de 22 de junio de 1989 (relativas en este caso a contratos públicos), reconocen el efecto directo por no-transposición en plazo de directivas comunitarias "en cuanto a las disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de las directivas, siendo responsabilidad de los estados miembros el incumplimiento de este deber de adaptación" (STJCE de 19 de noviembre de 1991). Así se deriva, por cierto, del principio comunitario de deber de cooperación leal, en virtud del cual no valen las simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables discrecionalmente, para entender que una directiva haya sido directamente ejecutada.[29]

Como conclusión a lo expuesto y a modo de símil con las obras de construcción, bien puede decirse que el actual anteproyecto de LCSP se presenta como un hormigón con ingredientes insuficientes, mal mezclados, y

26. Arrowsmith, S., "Una evaluación de las técnicas jurídicas para la transposición de las directivas de contratación pública", en el libro colectivo dirigido por V. López-Ibor, *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, Civitas, Madrid, 1997, p. 75-102.

27. De la misma y su concreto contenido y significado da perfecta cuenta Cobreros Mendazona, en su reciente monografía *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1994. Sobre estas mismas sentencias y las posteriores, entre los trabajos más recientes puede consultarse a J. M. Arias Rodríguez y S. Corrochano Jerez, "Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 45/1996, de 25 de marzo, y la incidencia del Derecho comunitario", *Poder Judicial,* 41-42, 1996, p. 510-522.

28. Por todos, en relación con esta jurisprudencia del TJCE, pueden consultarse R. Alonso García, *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1994, p. 267-275; S. Muñoz Machado, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986, p. 133-137; Lezertua Rodríguez, "La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias", RVAP, 11, 1985, p. 275 y ss.; Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, "El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea", RAP, 109, 1986, p. 119 y ss.; y Trayter Jiménez, "El efecto directo de las directivas comunitarias: El papel de la Administración y los jueces en su aplicación", RAP, 125, 1991, p. 227 y ss. En concreto, para la contratación pública se puede consultar A. Colabianchi, "Direttive comunitarie sugli applati: efficacia diretta per la pubblica amministrazione", *Giurisprudenza Civile*, 1990, vol. I, p. 8.

29. Este principio aparece aplicado en la sentencia Factortame de 19 de julio de 1990, deduciéndolo del artículo 5 del TCE, estableciendo la obligación de los jueces de intervenir, incluso inaplicando leyes, para depurar el ordenamiento interno y conseguir una aplicación exacta e inmediata del Derecho comunitario. *Vid.* García de Enterría, "La sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", REDA, 67, 1990, p. 401 y ss. Verticalidad del efecto directo que, creo, en nada se ve cuestionada en los casos de que el ente contratante fuera una empresa privada "tutelada" o "influenciada" por un poder público, pues dicha presencia pública (aun indirecta), desde una comprensión leal del ordenamiento jurídico comunitario, implicaría que más que en presencia de una relación *inter privatos*, nos encontramos en presencia de una relación jurídico-pública en su esencia (desde una perspectiva funcional, claro está). Se trataría, en definitiva, de interpretar el Derecho nacional de conformidad con la finalidad de la Directiva no incorporada, tal como ya propusiera la STJCE de 10 de abril de 1984, en la que se negó la imposibilidad del efecto directo horizontal. Como recuerda Baño León, la jurisprudencia del TJCE ha establecido el interés comunitario en cualquier concepto que proviene del Derecho comunitario, como sucede con las reglas procedimentales de los contratos públicos. "La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las administraciones públicas", RAP, 151, 2000, p. 37

con poco tiempo para que fragüe, por lo que, de no remediarse, su aprobación puede resquebrajar los cimientos estructurales de la política de contratación pública, impidiendo conseguir o alcanzar los fines públicos a los que se dirige. Una elemental prudencia aconseja la reflexión serena y la corrección a tiempo, pues necesitamos la mejor de la Ley de contratos públicos posible, porque no puede olvidarse el carácter estructurante del ordenamiento jurídico administrativo de esta norma y su gran impacto en la economía (el dieciséis por ciento del PIB es compra pública).[30] Y, hasta que se produzca la efectiva transposición, es ya de aplicación la Directiva 18/2004 en sus preceptos con efecto directo, quedando desplazada la LCAP en cuanto se oponga a la misma por aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario.[31]

2. Alcance del concepto "poder adjudicador". Criterios interpretativos

Una cuestión como la relativa al ámbito subjetivo es ciertamente decisiva a la hora de concluir si la aplicación del Derecho comunitario de la contratación pública en España es correcta, pues la consideración de qué sujetos y qué objetos contractuales se someten a la norma supone, en la práctica, el cumplimiento o la fuga de la citada normativa y de sus principios, ya que los subterfugios formales o nominalistas suelen ser la excusa para intentar eludir la aplicación de las reglas europeas.

A estos efectos, las directivas "clásicas" establecen la obligación de aplicar las normas de contratación pública a quienes revisten la consideración de poderes adjudicadores: "el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público."[32]

Se entiende por organismo de Derecho público cualquier organismo:

–creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,

–dotado de personalidad jurídica, y

–cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien, cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia, esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.[33]

Es éste, sin duda, el principal problema, pues de su interpretación –formal o sustancial– se extraen distintas consecuencias jurídicas. Y la solución debe ser unívoca en todos los estados sin que desde la legislación o aplicación de la misma por éstos pueda desnaturalizarse el concreto significado de la noción "poder adjudicador" que debe ser comprendida exclusivamente desde la óptica y funcionalidad del Derecho comunitario.

2.1. Las posibles interpretaciones legales: una aproximación

Al efecto, conviene recordar y desgranar el modelo de sujeción, de carácter gradual, que ofrece la LCAP, que puede concretarse en lo siguiente:[34]

1) Las administraciones territoriales y los organismos autónomos se consideran en todo caso poder adjudicador, debiendo someterse a lo dispuesto por la Ley (artículo 1.1 y 2 de la LCAP). Igualmente, conviene precisar que esta regulación será aplicable, como derecho supletorio, a los actos contractuales que realicen los órganos constitucionales.[35]

2) Deben asimismo ajustar su actividad contractual a las reglas de la LCAP las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

30. *Vid.* al respecto M. CARLON RUIZ, "La Ley de contratos de las administraciones públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico", en el libro colectivo dirigido por R. GÓMEZ-FERRER MORANT *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 1801-1823.

31. Por todos, me remito al ya clásico trabajo de S. MUÑOZ MACHADO, "Los principios de articulación de las relaciones entre el Derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva", en el libro colectivo *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, tomo II, 1986, p. 115 y ss. También R. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho comunitario*, CGPJ, Madrid, 2003.

32. Para la determinación del ámbito subjetivo, las directivas, tal como han indicado MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS, adoptan un criterio mixto, de carácter definitorio por una parte, y enumeratorio por otra. Por un lado, enumeran las figuras subjetivas definibles como públicas, y por otro definen lo que son los organismos de Derecho público, atendiendo a unos índices relevantes: satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil, personalidad jurídica propia, financiación pública mayoritaria y control público de la gestión. *Nuevo régimen de contratación administrativa*, La Ley, Madrid, 2003, p. 84.

33 Sobre el ámbito subjetivo de las directivas comunitarias sobre contratación pública puede consultarse M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 223-225; y MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, MacGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 148 y ss. También, más recientemente, el libro de B. NOGUERA DE LA MUELA, *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de contratos de las administraciones públicas*, Atelier, Barcelona, 2001.

34 Como destacan RUIZ OJEDA y BERNALDO DE QUIROS, la LCAP realiza un diseño gradual del ámbito de aplicación subjetiva, *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y a su reglamento de desarrollo parcial*, Civitas, Madrid, 1996, p. 40. La Ley foral 10/1998, de 19 de junio, de contratos de las administraciones públicas de Navarra, realiza una definición del ámbito subjetivo que, sin duda, resulta, a la par que clara, más adecuada al espíritu de la normativa comunitaria.

35 *Vid.* LAVILLA RUBIRA, "La contratación de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional", en el libro colectivo *Derecho de los contratos públicos*, Praxis, Barcelona, 1995, p. 155 y ss. En este mismo sentido MONTERO CASADO DE AMEZUA, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, BOE, Madrid, p. 41.

a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.[36]

b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las administraciones públicas y otras entidades de Derecho público (artículo 1.3 de la LCAP).

3) Las entidades de Derecho público que no estén incluidas en el supuesto anterior (artículo 2.1), deberán aplicar las prescripciones relativas a la capacidad, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación respecto de contratos de obra, consultoría, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales relacionados con los primeros, siempre que se supere el umbral económico previsto por la norma y que la principal fuente de financiación de dichos contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de cualesquiera administraciones públicas. A su vez, quedan sometidos a las referidas prescripciones las empresas privadas cuando dichas empresas hayan obtenido una subvención administrativa relacionada con el objeto del contrato superior al cincuenta por ciento del importe (artículo 2.2 de la LCAP). En este caso, por la intensidad de la relación de especial sujeción derivada por la obtención de una medida de fomento de desarrollo económico se acude no al criterio subjetivo sino al dato funcional de quién es el que realmente financia o asume el costo principal de dicho contrato, entendiéndose que en estos casos nos encontramos con la presencia indirecta pero decisiva de un poder público.[37]

4) Finalmente, las sociedades estatales con forma mercantil deberán ajustar su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios (disposición adicional sexta).[38]

Obviamente, no plantea problemas el supuesto de las administraciones territoriales y de organismos autónomos.[39] No puede predicarse lo mismo en los supuestos de descentralización funcional, ya sea a través de la creación de entes públicos (en sus distintas variedades), ya sea mediante la creación de formas societarias de naturaleza privada. Surge así el problema a la hora de determinar, para cada caso concreto, qué ente tiene la consideración de poder adjudicador a efectos de aplicar las reglas sobre contratación pública, lo que se presenta, lógicamente, como una cuestión indudablemente vital de cara a que, al menos los objetivos de publicidad, concurrencia e igualdad, puedan ser efectivos, presentándose como la primera regla o mandamiento básico de la Ley.[40] Así debe entenderse la atención prestada por la doctrina a este asunto, como principal instrumento para hacer frente a la conocida y preocupante –por patológica– "fuga del Derecho administrativo".[41] Esto obliga a realizar una reflexión (con interpretaciones correctoras, en su caso) de cara a poder precisar a qué entes es de aplicación la normativa sobre contratación pública.[42]

Interpretación correctora cuando se observa cómo la práctica legislativa y administrativa parecen haber optado por una interpretación literal del ámbito de aplicación, en cuya virtud podría deducirse que son de aplicación exclusiva las normas sobre contratación pública contenidas en esta Ley a las entidades sometidas al Derecho público, quedando por ello excluidas de las mismas las entidades sometidas al Derecho privado.[43] En consecuencia, en la

36. LÓPEZ BENÍTEZ aporta criterios para interpretar la nota "carácter comercial" cuando parece existir ánimo de lucro, en "Los poderes adjudicadores en el Derecho comunitario y en la Ley de contratos de las administraciones públicas", *Noticias de la Unión Europea*, 136, 1996, p. 60 y ss.

37. El ámbito subjetivo de la LCAP no depende, como se demostrará, de la condición formal o institucional del sujeto, sino de los fondos que maneja cuando contrata. RUIZ OJEDA y BERNALDO DE QUIROS, *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 49.

38. Disposición que, por su finalidad y fundamento práctico de la excepción al régimen contractual, fue objeto de críticas por la doctrina. Entre otros, SALA ARQUER ("La privatización del Estado: Pros y contras", en ARIÑO ORTIZ, *Empresa pública y privatizaciones: una polémica abierta*, Madrid, 1995, p. 116; RIVERO ORTEGA, *Administraciones públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 262, PÉREZ MORENO, "La contratación de los entes instrumentales: Sociedades mercantiles y demás entidades del sector público", en el libro colectivo dirigido por R. GÓMEZ-FERRER, *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996, p. 867-872. A esto debe añadirse la difícil fiscalización de la correcta aplicación de estos principios, tal como pone de relieve CRESPO RODRÍGUEZ, "La nueva Ley de contratos de las administraciones públicas y su ámbito subjetivo de aplicación", *Noticias de la Unión Europea*, 136, 1996, p. 30 y ss.

39. Estos entes deben, incluso en los supuestos de contratación en los denominados sectores especiales, aplicar las reglas de la LCAP y no las de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre.

40. El problema principal viene dado por la interpretación que debe darse al párrafo 3 del artículo 1, considerado para algunos (ARIÑO ORTIZ, "Problemática actual de la contratación de las administraciones públicas", en el libro colectivo *Contratación pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995) el fundamento o justificación de la actual huida del régimen de la contratación pública.

41. Se da la paradoja de que, por otra parte, a las empresas privadas se les somete a controles cada vez más rígidos, llegando, en el caso de la contratación en los sectores del agua, transporte, telecomunicaciones y energía, por imperativo de la normativa comunitaria (Directiva 93/38 y Ley 44/1998, de 30 de diciembre) a obligar a las empresas que ostentan derechos especiales o exclusivos a implantar mecanismos de contratación esencialmente públicos. Sobre la contratación en este campo me remito al libro dirigido por V. LÓPEZ-IBOR *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, Civitas, Madrid, 1997 y al trabajo de J. L. MEILAN y C. AYMERICH, "La contratación pública en los denominados sectores excluidos: Consecuencias de la falta de incorporación de las directivas 93/33/CEE y 92/13/CEE al Derecho español", en el libro colectivo *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1998, p. 119-147.

42. Como bien advierte el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, se constata un clima –que cabe calificarlo cuando menos de equívoco– que aboga por eludir o reducir en variados supuestos concretos la aplicación de esta Ley. "Reflexiones sobre la 'huida del Derecho administrativo'", RAP, 140, 1996, p. 46-47. Se viene así a demostrar la certera afirmación realizada por G. FERNÁNDEZ FARRERES sobre el mínimo entusiasmo del legislador a la hora de afrontar la reforma que implicaba la LCAP. "Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la LCAP", en el libro colectivo dirigido por B. PENDÁS, *Derecho de los contratos públicos*, Praxis, Barcelona, 1995, p. 234-235.

actualidad la "regla general" parece ser tanto la creación de entes instrumentales públicos que, sujetos al Derecho privado, realicen funciones administrativas, pero a los que no se les aplica, por expreso mandato legal, las reglas contenidas en la normativa vigente sobre contratación pública,[44] como, y esto es más preocupante, la creación de sociedades mercantiles de naturaleza privada que, en virtud de su forma jurídica, se acogen a lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la LCAP, en las que las genéricas invocaciones a los "principios de publicidad y concurrencia" o de "salvaguardia del interés del ente" y "homogeneización del sistema de contratación en el sector público" no pasan de ser un mal sucedáneo destinado a salvaguardar las apariencias.[45] En este caso, y existen bastantes ejemplos, puede afirmarse que la huida es total.[46]

Asimismo, otro ejemplo, igualmente "peligroso", viene dado por la reciente tendencia a la creación de fundaciones privadas de iniciativa pública,[47] que se están utilizando para fines y competencias públicos (como lo es, por supuesto, la financiación), pero sometiéndose, al amparo de la Ley de fundaciones, a la normativa privada. Es evidente que en estos casos la figura de la fundación se utiliza exclusivamente como técnica y no como forma fundacional.

Estas interpretaciones conducen a la inaplicación del régimen dispuesto por la LCAP (y, recuérdese, las directivas comunitarias que desarrolla), y vienen a convertir en muchos casos el contenido de esta normativa en una simple declaración de principios, dejando sin sanción jurídica adecuada la exigencia de publicidad y concurrencia, salvaguardia del interés del ente y homogeneización del sistema de contratación en el sector público.[48] Esta práctica normativa consagra definitivamente la huida del Derecho público de la contratación, puesto que bastará con crear entidades o sociedades instrumentales como las descritas –que sujetan su actividad al Derecho privado– para eludir la aplicación de la contratación pública no sólo en cuanto al fondo, sino también en cuanto a los actos de preparación y adjudicación de los contratos.[49] Y ello implica, por consiguiente, la "fuga" en la aplicación de principios administrativos como la objetividad y transparencia que podría producir una quiebra del interés general, de tal manera que la eficacia económica buscada se traduciría –y esto es grave– en una disminución en la satisfacción del interés público, así como en un incremento de situaciones favorecedoras de la corrupción.[50]

2.2. La necesidad de un criterio corrector: la noción amplia y funcional de "poder adjudicador"

La doctrina, a la hora de interpretar el ámbito subjetivo de la LCAP, ha aportado distintas soluciones, que han variado en función de la hermenéutica –formal o funcional– utilizada al efecto. Así, sobre la base de lo dispuesto en la mencionada regulación legal, algunos autores entienden que existe libertad de cada autoridad nacional para incluir o excluir a los distintos entes instrumentales bajo las directrices de la LCAP.[51] Es cierto que de una interpretación literal del ámbito del artículo 1 de la LCAP (atendiendo a lo dispuesto en las directivas comunitarias) podría deducirse que son de aplicación exclusiva las normas sobre contratación pública contenidas en esta Ley a las entidades sometidas al Derecho público, quedando por ello excluidas de las mismas las entidades sometidas al Derecho privado.[52] Y ello porque, a pesar de aparecer como criterio definidor

43. Para RIVERO ORTEGA, la práctica de la huida se debe a la insatisfacción de la Ley a la hora de adaptarse a las actuales necesidades de la economía, por no agilizar los procedimientos de contratación. Afirmación que no compartimos, pues los procedimientos no son obstáculo a una adecuada competencia, como lo demuestra el que sean incorporados y utilizados por empresas privadas cuando se opera en los sectores de la energía, agua, transporte o telecomunicaciones. Al efecto pueden consultarse los distintos trabajos que se contienen en el libro ya citado de V. LÓPEZ-IBOR, así como el libro colectivo *Contratación empresarial en los sectores de transporte, energía, telecomunicaciones y agua potable. Los llamados contratos de interés público*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1996.

44. Me remito en este punto a lo expuesto en mi trabajo "Una valoración crítica…", *op. cit.*, p. 129 y ss.

45. SALA ARQUER, "Huida al Derecho privado y huida del Derecho", REDA, 75, 1992, p. 411 (en nota núm. 33).

46. *Vid.* J. L. MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ en la crítica que a esta forma de actuar, especialmente utilizada en el campo de las infraestructuras, hace en su trabajo. "Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas", RAP, 144, 1997, p. 45-74.

47. Sobre esta cuestión, *vid.* J. L. PIÑAR MAÑAS, "Fundaciones constituidas por entidades públicas: Algunas cuestiones", REDA, 97, 1998, p. 49; y J. L. BERMEJO LATRE, "La huida del Derecho administrativo a través de las fundaciones privadas de iniciativa pública", en el libro homenaje al profesor R. Martín Mateo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 935-960. Paradigma de lo que se acaba de exponer es lo dispuesto en la Ley de acompañamiento de 30 de diciembre de 1998, al permitir que los hospitales del INSALUD puedan adoptar la forma jurídica de fundaciones públicas, si bien en lo que hace referencia a la contratación adopta un criterio críptico que no aclara si se somete plenamente o no a las reglas de la LCAP, al establecer una genérica sumisión a los principios de concurrencia y publicidad pero respetando las previsiones de la LCAP. Sobre este supuesto puede verse la crítica de MORELL OCAÑA y de RUIZ OJEDA en el libro colectivo coordinado por este último autor titulado *Manual de fundaciones*, Civitas, Madrid, 1999, p. 261-263.

48. *Vid.* sobre la situación anterior a la LCAP, pero aplicable en este momento, S. DEL SAZ, "La huida del Derecho administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas", RAP, 133, 1994, p. 68.

49. Así lo sostienen expresamente SALA ARQUER, "Huida al Derecho privado", *op. cit.*, p. 411; y S. DEL SAZ, "La huida...", *op. cit.*, p. 70. En realidad, como afirma GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, lo que se consigue con tal sistema es que la Administración contrate sin tener que someterse a un control administrativo de la jurisdicción contencioso-administrativa. *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, *op. cit.*, p. 167.

50. Como bien apunta PIÑAR MAÑAS, la eficacia en la resolución de problemas sólo tiene sentido si se traduce en una gestión objetiva de los intereses generales. Este postulado es absolutamente capital. Ninguna eficacia, ninguna privatización puede entenderse si con ella no se persigue ese servicio objetivo de los intereses generales. "Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario", RAP, 133, 1994, p. 28.

51. RIVERO ORTEGA, *Administraciones públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 246-247.

52. Así lo advierte PIÑAR MAÑAS, al considerar que el ámbito subjetivo de estas directivas, en cuanto no se incluyen claramente en el mismo a las empresas públicas, permiten su no-aplicación a éstas de tal manera que sigue siendo posible la "huida" de las mismas a través de personificaciones instrumentales sujetas al Derecho privado. "Privatización de empresas públicas...", *op. cit.*, p. 43-44.

en la LCAP el concepto omnicomprensivo de "entidad de Derecho público", en el anexo primero de la Directiva 89/440/CEE, al enumerar los requisitos para ser considerados entes públicos, en el apartado correspondiente a España se hace alusión a "las demás personas jurídicas sometidas a un régimen público de adjudicación de contratos", de donde puede deducirse que los entes públicos que sujetan su actividad al Derecho privado y las empresas públicas, sea cual sea su objeto social, no estarían incluidas en el ámbito de aplicación de estas directivas.

Se trata, sin embargo, de una antinomia aparente, pues para saber qué organismos son de Derecho público, o mejor, tienen la consideración de poder adjudicador, debemos estar a lo dispuesto en el artículo 1 de estas directivas: todos aquellos entes dotados de personalidad jurídica, controlados por la Administración o cuyos directivos son nombrados por ella y que, asimismo, se financian con fondos públicos. Se trata, en definitiva, como venimos insistiendo, de hacer una interpretación sistemática y teleológica que atienda a la naturaleza real del contrato en cuestión,[53] y que permita, en definitiva, conseguir un efecto útil de la normativa comunitaria sobre contratación pública.[54]

Esta interpretación es la que se impone, como afirma S. del Saz, en primer lugar, porque de estas directivas se deduce la preferencia de las definiciones de su articulado sobre las del anexo. En segundo lugar, porque de entender, como han pretendido algunos autores, que la lista del anexo tiene carácter exhaustivo y que prima sobre la definición no tendría ningún sentido haber introducido una definición de "ente de Derecho público", bastaría con haber remitido directamente al anexo. Finalmente, porque otra interpretación supondría un fraude del Derecho comunitario, burlando el espíritu y finalidad de estas directivas, ya que si no se aplican los procedimientos comunitarios a los contratos públicos que sujetan su actividad al Derecho privado quedarían excluidas del ámbito de las mismas –a libre criterio de los estados– la mayoría (y principales) contratos de los poderes públicos.[55]

Teniendo en cuenta que el elemento teleológico está siempre presente en las directivas comunitarias, es imprescindible realizar interpretaciones que garanticen la consecución del resultado que se persigue con la Directiva, que en el caso que nos ocupa se concreta en la apertura efectiva de la contratación pública.[56] Por eso, es necesario interpretar su contenido en función de tal resultado, al objeto de evitar que mediante subterfugios legales se eluda el cumplimiento de las directivas en cuestión (amén de los propios principios constitucionales).[57]

Dado que la noción de "poder público" se presenta como el criterio delimitador de la aplicación del régimen jurídico-público de la contratación pública, debe realizarse un esfuerzo de interpretación de la definición a fin de evitar las restricciones del ámbito de aplicación de las directivas para que éstas sean realmente eficaces y cumplan su finalidad última.[58] Se impone, en definitiva, una interpretación subjetivo-funcional y no formal.[59]

53. *Vid.*, por todos, BAÑO LEÓN, "El proyecto de Ley de contratos de las administraciones públicas", *Anuario de Derecho Local 1995*, Marcial Pons, Madrid, p. 67; E. MALARET, "Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas", en el libro colectivo *El nuevo derecho de aguas*, Civitas, Madrid, 1998, p. 128 y 134, G. FERNÁNDEZ FARRERES, "Ámbito subjetivo...", *op. cit.*, p. 232-233, y M. M. RAZQUIN, *Contratos públicos...*, *op. cit.*, p. 223-257.

54. MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español, op. cit.*, p. 373.

55. S. DEL SAZ, "La huida del Derecho administrativo...", *op. cit.*, p. 90. Igualmente, MORENO MOLINA, *Contratos públicos…*, *op. cit.*, p. 334.

56. Se defiende, en definitiva, un concepto amplio de "ente de Derecho público", que no tiene por qué coincidir con la categoría de los entes públicos empresariales a la que se refiere actualmente la LOFAGE, atendiendo especialmente el fin perseguido por la norma que trata de garantizar plenamente la apertura de la contratación pública. Sólo con esta interpretación puede evitarse, como recuerda PENDAS GARCÍA ("Administraciones públicas, contratos y contratistas; perspectivas polémicas de la LCAP", en el libro colectivo *Derecho de los contratos públicos*, *op. cit.*, p. 13), la aplicación del refrán de la ley y la trampa.

57. *Vid.* PIÑAR MAÑAS, "Privatización de empresas públicas...", *op. cit.*, p. 39 y ss. Esto es lo que ha motivado al TJCE a interpretar las directivas de acuerdo a sus objetivos huyendo, en los casos concretos, de interpretaciones excesivamente rigurosas. Al respecto, pueden consultarse las STJCE de 16 de junio de 1987, 12 de julio de 1990 o 24 de abril de 1991, de las que se deduce que el objetivo final es que el TCE y, por tanto, los principios de un mercado único y no-discriminación se cumplan realmente, evitando cualquier tipo de maniobra elusiva por parte de los estados miembros.

58. Respecto al sector material de actividad de los contratos públicos, la noción comunitaria de Administración pública se presenta –de forma amplia– como la de cualquier aparato dotado de poderes discrecionales en la asunción de sus propias determinaciones, en cuyo caso está obligado a motivar las adjudicaciones a fin de garantizar el desarrollo de una efectiva concurrencia en el sector de la contratación pública. Esta concepción, como se constatará, alcanza necesariamente a las fundaciones del sector público siempre que atiendan a necesidades de interés general. *Vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Ámbito de aplicación de la Ley", *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, *op. cit.*, p. 101.

59. *Vid.*, por todos, G. FERNÁNDEZ FARRERES, "Ámbito subjetivo...", *op. cit.*, p. 239, A. RUIZ OJEDA y J. GARCÍA BERNALDO DE QUIROS, *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y su reglamento de desarrollo parcial*, Civitas, Madrid, 1996, p. 41-45; M. LÓPEZ BENÍTEZ, "La Ley de contratos de las administraciones públicas: Su entronque desde el bloque de la constitucionalidad y su ámbito de aplicación", en el libro colectivo coordinado por F. CASTILLO, *Estudios sobre la contratación en las administraciones públicas*, Comares, Granada, 1996, p. 1-27; J. M. GIMENO FELIU, *El control de la contratación pública, op. cit.*, p. 125; RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 190. Este concepto funcional de "poder público" nos permite, por lo demás, proceder a "levantar el velo" de la personalidad de los entes instrumentales sujetos al Derecho privado, descubrir su verdadera condición de poderes públicos (por su origen; por su actuación, dominada totalmente por la Administración pública matriz; por su financiación, en cuanto que operan con dinero público procedente de ingresos de ese carácter) y sujetar al Derecho administrativo los "actos separables" de su actividad privada. Opinión también sostenida ya antes por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA ("El concepto de personalidad jurídica en el Derecho público", RAP, 129, 1991, p. 203-204), y que también ha sido indicada por el profesor MUÑOZ MACHADO a propósito de la responsabilidad concurrente entre varias administraciones (*La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1992). Criterio reforzado por la propia LCAP al establecer que quedan sometidos a las mismas prescripcio-

2.3. La solución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

La cuestión anteriormente expuesta, resuelta en clave doctrinal, ha sido objeto de una reciente y muy interesante jurisprudencia del TJCE que, a mi juicio, ha despejado de todas dudas la interpretación que debe hacerse del concepto de poder adjudicador, que se obtiene de precisar el significado de los criterios o rasgos determinantes a los que se refiere la LCAP y las directivas comunitarias de cara a entender sometido un ente público al régimen de la contratación pública. Estos criterios o requisitos son tres: personalidad jurídica del sujeto contratante; control público o influencia dominante sobre dicho sujeto y prestación de una actividad que no sea exclusivamente industrial o mercantil y que presente notas de interés general.[60] Analizaremos cada uno de estos requisitos:

1) En primer lugar, debe atenderse a la naturaleza de la actividad: satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil, en cuyo caso, por tratarse de gestión económica, quedará justificada su sometimiento al régimen jurídico privado. Esta previsión y su concreción suscita importantes problemas interpretativos en la doctrina,[61] que ha llevado a que incluso cierto sector entienda que se puede presumir la existencia de actividad mercantil cuando el ente adjudicador reviste la forma de sociedad mercantil.[62] Al efecto conviene recordar como el propio Consejo de Estado, en su Dictamen de 14 de diciembre de 1995, excluyó del ámbito de aplicación de la Ley al ICEX, al considerar que cumplía una función industrial o mercantil.[63] Es decir, se da prioridad a esta nota frente a la de que sea una actividad de interés general.

Pues bien, no es esa la interpretación que está realizando, a mi juicio con acierto, el TJCE. Al efecto, la STJUE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96. Mannesmann) indica que, si hay una función de interés general –indudable cuando el ámbito de la actividad se designa habitualmente bajo la expresión de "obligaciones de servicio público"–, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una vis atractiva del primer elemento, debiendo entenderse a ese ente sometido a la reglas de contratación pública.[64] En consecuencia, los entes instrumentales que presten un servicio público o tengan que cumplir con obligaciones de servicio público, se encuentran sometidos al régimen de la LCAP. La STJCE de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/96. ARA) insiste en esta idea,[65] entendiendo que estamos en presencia de un poder adjudicador cuando la función es de interés general, aunque, y este dato es de gran relevancia, la actividad se preste en régimen de competencia. Es decir, prima el dato teleológico de la acti-

nes que los poderes públicos en cuanto a publicidad y concurrencia aquellas empresas privadas que contraten si el objeto de dicha contratación se encuentra entre los concretos supuestos mencionados por el artículo 2.2 de la LCAP si dichas empresas han obtenido una ayuda pública para el mismo superior al cincuenta por ciento del importe. Criterio del levantamiento del velo que, con carácter más general, es objeto de un interesante análisis por GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, en su trabajo "Levantamiento del velo y Derecho administrativo privado en el ámbito de la Administración local", REALA, 274-275, p. 361-400.

60. Esta cuestión ha sido objeto de especial atención en mis trabajos "La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública", RAP, 151, 2000, p. 425-441; y "Las directivas europeas sobre contratación pública: Ámbito subjetivo y objetivo y sus relaciones con la Ley de contratos de las administraciones públicas", *Noticias de la Unión Europea,* 205, 2002, p. 61-73. Entre la doctrina más reciente, al margen de la que a continuación se citará, puede consultarse el trabajo de S. ORTIZ VAAMONTE, "Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley y de las directivas comunitarias de contratación pública", en el libro colectivo *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 1461-1529.

61. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Ámbito subjetivo…", *op. cit.*, p. 110; R. PARADA, *Derecho administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 1998.

62. RIVERO ORTEGA, p. 246. En opinión de este autor, el propio tenor de la Directiva (y, por ende, de la LCAP), ha permitido la "fuga" de una gran parte de los entes instrumentales sujetos al Derecho privado.

63. Una crítica a esta resolución puede verse en RUIZ OJEDA y BERNALDO DE QUIROS, *Comentario…*, *op. cit.*, p. 42-45.

64. El supuesto de hecho se refiere a si la Imprenta estatal austriaca, con forma societaria, debe someterse o no a las normas de licitación pública en los casos de realizar otras funciones no oficiales. La trascendencia de esta jurisprudencia (de la que da cuenta M. FUERTES, "Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última jurisprudencia del tribunal de justicia de la Comunidad Europea", REALA, 279, 1999, p. 25 a 34) es que, como es habitual, impone una interpretación que debe ser uniforme para todos los estados miembros sin que exista, por ello, margen alguno de discrecionalidad. Al respecto, me remito al clásico trabajo de R. ALONSO GARCÍA, "La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español", RAP, 121, 1990, p. 215-216. *Ibídem*, *Derecho comunitario*, Ceura, Madrid, 1994, p. 286-294.

65. La cuestión es si una empresa pública –ARA– se considera o no poder adjudicador. El supuesto resulta muy elocuente. En 1993, dos municipios proyectaron fusionar los servicios municipales de recogida de residuos y encomendar esta tarea a una nueva persona jurídica. Mediante acuerdos de 6 y 28 de junio de 1994, los municipios de Arnhem y Rheden decidieron respectivamente constituir la sociedad anónima ARA y encomendarle una serie de tareas, previstas en la Ley, en el ámbito de la recogida de basuras y, en el caso del municipio de Arnhem, de la limpieza de la vía pública. ARA fue constituida el 1 de julio de 1994. El artículo 2 de sus estatutos prevé: "1. La sociedad tiene por objeto: a) la realización de todas las actividades, en el ámbito económico, que tengan por finalidad (hacer) recoger (y en la medida de lo posible reciclar), de una forma eficiente, efectiva y justificada desde el punto de vista del medio ambiente, residuos, tales como residuos domésticos, residuos industriales y otros flujos parciales de residuos que se determinarán, así como la realización de actividades en el ámbito de la limpieza de la vía pública, erradicación de plagas y desinfección; b) la constitución (común) de empresas, la cooperación con empresas, la participación en empresas, la gestión y supervisión de empresas, así como la adquisición y financiación de otras empresas cuyas actividades guarden alguna relación con las operaciones descritas en el apartado a) anterior; c) la realización de todas las operaciones que, en el ámbito económico, guarden relación con las operaciones, actividades y actos anteriores o que puedan favorecerlos (siempre y cuando con ellas se satisfagan necesidades de interés general)."

66. Esta misma doctrina se recoge en las STJCE de 17 de diciembre de 1998 (asuntos Irish Forestry Board), en las que se afirma que la sociedad anónima creada para la gestión de los recursos forestales tiene la consideración de poder adjudicador. Comenta esta doctrina M. M. RAZQUIN, "La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública", *Justicia Administrativa*, 6, 2000, p. 15 y ss., y MORENO MOLINA, "La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos", RAP, 151, 2000, p. 321-328.

vidad que desarrolla ese ente adjudicador.[66] En esta jurisprudencia se distingue, en definitiva, entre necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil con las necesidades que no tengan dicho carácter.[67]

Criterio que no se ve afectado por el hecho de que empresas privadas satisfagan o puedan satisfacer las mismas necesidades que éste, ya que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un organismo de Derecho público.[68]

En el caso de autos, es indiscutible que la recogida y el tratamiento de basuras domésticas pueden considerarse como una necesidad de interés general. Dado que el grado de satisfacción de esta necesidad que se estime necesario por razones de salud pública y protección de medio ambiente quizás no se consiga si los operadores económicos privados ofrecen, total o parcialmente, a los particulares servicios de recogida, esta actividad pertenece a aquellas respecto de la cuales un Estado puede decidir que deben ser realizadas por autoridades públicas o sobre las que dicho Estado quiere conservar una influencia determinante.

Por otra parte, debe recordarse lo que el Tribunal de Justicia afirmó en el apartado 25 de la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, que es indiferente que, además de cumplir la función de satisfacer necesidades de interés general, una entidad pueda desempeñar otras actividades. El hecho de que la satisfacción de necesidades de interés general sólo constituya una parte relativamente poco importante de las actividades realmente emprendidas por tal entidad tampoco es pertinente, puesto que ésta sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer.

Dado que la condición de organismo de Derecho público no depende de la importancia relativa en la actividad del organismo de que se trate, de la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, con más razón aún es indiferente que una persona jurídica distinta, que forme parte del mismo grupo empresarial que dicho organismo, ejerza actividades mercantiles.

En esta misma línea ha venido a insistir la STJCE de 22 de mayo de 2003 al afirmar que "Una sociedad anónima que ha sido creada por un ente territorial al que pertenece y que éste administra satisface una necesidad de interés general, en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, 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, cuando contrata servicios con objeto de fomentar el desarrollo de actividades industriales o comerciales en el territorio del referido ente. A fin de evaluar si dicha necesidad carece de carácter industrial o mercantil, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar las circunstancias que rodearon la creación de la sociedad y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no-asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate. Es más, afirma el TJCE que la circunstancia de que los edificios que se vayan a construir se arrienden solamente a una empresa no desvirtúa la condición de organismo de Derecho público del arrendador, siempre que se haya acreditado que éste satisface una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil.

2) En segundo lugar, es cierto que el ente, para considerarse poder adjudicador, debe tener propia personalidad jurídica, si bien para el Derecho comunitario la forma jurídica adoptada no es por si criterio decisivo, pues debe realizarse una interpretación funcional,[69] del resulta que la forma jurídica, pública o privada, nos es indiferente a estos efectos.[70] Al respecto es especialmente relevante la doctrina que mantiene la citada STJCE de noviembre de 1998: "es preciso recordar que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional (en este sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartado 11).[71] Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesida-

67. En efecto, si el legislador comunitario hubiera estimado que todas las necesidades de interés general no tienen carácter industrial o mercantil, no lo habría especificado ya que, desde este punto de vista, el segundo elemento de la definición carecería de utilidad.

68. No obstante, debe destacarse que la existencia de competencia no carece totalmente de pertinencia a la hora de responder a la cuestión de si una necesidad de interés general no tiene carácter industrial o mercantil. En efecto, la existencia de una competencia desarrollada y, en particular, el hecho de que el organismo de que se trate actúe en situación de competencia en el mercado, puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil. Así lo reitera la STJCE de 10 de mayo de 2001, al afirmar que los organismos públicos que tienen por objeto desarrollar actividades dirigidas a la organización de ferias, exposiciones y otras iniciativas similares, que carecen de ánimo de lucro, pero cuya gestión se basa en criterios de rendimiento, eficacia y rentabilidad, y que operan en un entorno competitivo no son un organismo de Derecho público a efectos de las directivas de contratación pública.

69. No parece, por ello, aconsejable la interpretación material que propone Moreno Molina (*Contratos públicos*:…, *op. cit.*, p. 337), pues este criterio resulta insuficiente para explicar la aplicación de reglas de Derecho público.

70. Por contra, el profesor García de Enterría parece defender que el concepto de entes de Derecho público excluye claramente a las personificaciones de Derecho privado en norma mercantil. "Ámbito subjetivo…", *op. cit.*, p. 110. Esta posición es igualmente la de F. Lliset Borrel y A. Lliset Canelles en *Manual de los contratos públicos*, Bayer Hnos., Barcelona, 2000, p. 89.

71. Posición que se mantiene en posteriores sentencias, en las que, siendo empresas públicas, se entra a valorar si se encuentran sometidas a las directivas de contratación pública: de 17 de diciembre de 1998, 1 de febrero de 2001, de 10 de mayo de 2001, de 27 de febrero de 2003, de 15 de mayo de 2003, de 22 de mayo de 2003.

des que éste debe satisfacer".[72] Este criterio es el que viene aplicando reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a fin de garantizar el desarrollo correcto de las normas del Tratado,[73] y que en el caso que nos ocupa no hace sino poner de relieve, como vienen defendiendo tradicionalmente en nuestra doctrina los profesores E. García de Enterría y T. R. Fernández, que la Administración es un "poder público" al que la Constitución le impone deberes de los que no puede escaparse "por el simple procedimiento de creación de entes convencionales a los que intente dotarse de regímenes jurídicos exentos de tales deberes".

De esta doctrina se deduce que las empresas mercantiles no podrán acogerse directamente a lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la LCAP, al tener dicho precepto un carácter residual. Debe primero determinarse si puede ser incluida su actividad en los parámetros funcionales explicados a fin de ser considerada poder adjudicador.[74] O sea, que esta disposición, lógicamente, se aplica exclusivamente a las sociedades mercantiles que no encajen, desde una perspectiva funcional, en el artículo 1.3 de la LCAP.[75]

3) El último requisito que exige la LCAP es que el control –por vía financiera o cualquier otro medio– sea de la Administración pública. Debe estarse, por tanto, al dato de la "influencia dominante" del poder público sobre el organismo adjudicador. Supuesto que plantea poca problemática en lo relativo a la financiación y que se completa con los supuestos en los que la gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las administraciones públicas y otras entidades de Derecho público. En relación con el primer extremo (participación en el accionariado), la STJCE de 3 de octubre de 2000 ha aclarado cuándo existe financiación mayoritariamente pública:

"La expresión 'financiada por [una o varias entidades adjudicadoras]', que figura en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de las directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, debe interpretarse en el sentido de que en ella se incluyen las becas o subvenciones concedidas por una o varias entidades adjudicadoras para fomentar la labor investigadora, así como las becas para estudiantes que las autoridades locales competentes en materia de educación abonan a las universidades para cubrir los gastos académicos de determinados estudiantes. En cambio, no constituyen financiación pública, a efectos de dichas directivas, las sumas abonadas por una o varias entidades adjudicadoras, bien en el marco de un contrato de prestación de servicios que comprenda trabajos de investigación, bien como contrapartida por la prestación de otros servicios, tales como asesoramiento u organización de conferencias.

"2) El término 'mayoritariamente', que figura en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de cada una de las directivas 92/50, 93/36 y 93/37, debe interpretarse en el sentido de que significa 'más de la mitad'.

"3) Para valorar correctamente el porcentaje de financiación pública de un organismo determinado, es preciso tener en cuenta todos los ingresos que dicho organismo obtenga, incluidos los que resulten de una actividad mercantil.

"4) La calificación de 'entidad adjudicadora' de un organismo como la Universidad de Cambridge debe efectuarse sobre una base anual y el período que debe considerarse más adecuado para calcular el modo de financiación de dicho organismo es el ejercicio presupuestario en el que se inicia el procedimiento de adjudicación de un contrato determinado, debiendo entenderse que dicho cálculo ha de efectuarse tomando como base las cifras disponibles al inicio del ejercicio presupuestario, aunque tengan el carácter de previsiones. Un organismo que en la fecha en que se inicia un procedimiento de adjudicación de un contrato constituye una 'entidad adjudicadora', en el sentido de las directivas 92/50, 93/36 y 93/37, seguirá estando sometido a las exigencias de dichas directivas, en lo que atañe a tal

72. Tras la aprobación de la LCAP mantiene esta opinión FERNÁNDEZ FARRERES (*Ámbito subjetivo…*, *op. cit.*, p. 233), afirmando que el articulo 1.3 de la LCAP excluye solamente a las empresas públicas que realicen actividad mercantil (en el sentido propio del término), de tal manera que si se realizan actividades de interés público es indiferente la forma jurídica, debiendo someterse a la normativa contractual pública. En esta misma línea se posiciona DE VICENTE DOMINGO, *Los entes instrumentales en las leyes de procedimiento y de contratación de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996, p. 120-121.

73. *Vid.* especialmente S. MUÑOZ MACHADO, "La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad", en el libro homenaje al profesor Clavero Arévalo, *op. cit.*, p. 1251 y ss. Igualmente, puede consultarse a E. MONTOYA MARTÍN, *Las empresas públicas sometidas a Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 161-195.

74. En contra de esta posibilidad, pese a ver defendido con anterioridad un criterio más amplio (*Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Civitas, Madrid, 1993, p. 109-113), se posiciona E. MALARET, al entender que se sometería a unas cargas contrarias a una realización eficaz de las misiones encomendadas. "Las sociedades…", *op. cit.*, p. 135, en nota.

75. Al respecto puede consultarse a A. PÉREZ MORENO, "La contratación de los entes instrumentales: Sociedades mercantiles y demás entidades del sector público", en el libro colectivo dirigido por R. GÓMEZ-FERRER *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996, p. 867-872.

contrato, hasta la terminación del procedimiento de que se trate."

Finalmente, debe entenderse que igualmente concurre este tercer criterio o requisito cuando existe un control final en la toma de decisión por parte del poder público. Así lo ha afirmado la reciente STJCE de 1 de febrero de 2001, que considera sometidas al régimen de contratación pública a las empresas francesas dedicadas a la construcción de viviendas por parte de servicios públicos de construcción y urbanización (en lo sucesivo, SPCU) y de sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado (en lo sucesivo, SA VAM).[76] Sobre este punto, la STJCE de 27 de febrero de 2003 (Adolf Truley), afirma que:

"Un mero control a posteriori no se ajusta al requisito de control de la gestión que establece el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de la Directiva 93/36. En cambio, se ajusta a tal requisito una situación en la que, por una parte, los poderes públicos controlan no sólo las cuentas anuales del organismo de que se trate, sino también su gestión corriente desde el punto de vista de los principios de imagen fiel, legalidad, eficiencia, rentabilidad y racionalidad y, por otra, estos mismos poderes públicos están autorizados a visitar los locales e instalaciones de dicho organismo y a informar de los resultados de tales controles a un ente público territorial que, a través de otra sociedad, posee el capital del organismo en cuestión."

Estos son los requisitos, y con este alcance funcional, que deben utilizarse para comprender si se está o no en presencia de un poder adjudicador sometido a las reglas contractuales públicas.[77] Lógicamente, supone una ampliación de entes que en la actualidad están contratando al margen de esta Ley.[78] Ampliación –o mejor, adecuación– del ámbito subjetivo que no tiene por qué originar ningún problema, pues las reglas, ni son tan rígidas, ni, por supuesto, son incompatibles a las exigencias del tráfico jurídico-mercantil. Así lo demuestra, por cierto, la incorporación por la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, de estos procedimientos en sectores tan importantes y actualmente susceptibles a la competencia como el agua, energía, transporte y telecomunicaciones.

2.4. Las sentencias del TJCE que condenan al Reino de España de 15 de mayo y de 16 de octubre de 2003 y de 13 de enero de 2005. Las consecuencias prácticas

En este contexto descrito debe entenderse la STJCE de 15 de mayo de 2003 (y las subsiguientes de 16 de octubre de 2003 y de 13 de enero de 2005),[79] por la que se condena al Reino de España por incumplimiento en materia de contratación al afirmar que "no cabe interpretar el concepto de 'organismo de Derecho público' utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los estados miembros pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas directivas y, en

76. En palabras de la sentencia, por lo que respecta a los SPCU, de la normativa reguladora de los mismos, tal como ha sido descrita por la Comisión, cuya argumentación sobre este punto no ha sido, por lo demás, contradicha por el Gobierno francés, se desprende que cumplen los tres requisitos que caracterizan a un organismo de Derecho público y que figuran en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva. En lo que atañe a las SAVAM, consta que el Gobierno francés no discute que satisfacen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y que están dotadas de personalidad jurídica. La sentencia entiende que los diferentes controles a los que se somete a las SAVAM crean una dependencia de éstas con respecto a los poderes públicos que permite a éstos influir en sus decisiones en materia de contratos públicos.

77. En definitiva, como recuerda Baño León ("La influencia…", *op. cit.*, p. 15), lo que importa al Derecho comunitario (desde criterios funcionales) es si la actividad es o no empresarial y si sobre ella tiene una influencia determinante el Estado u otro poder adjudicador. También S. González-Varas, *El contrato administrativo*, *op. cit.*, p. 24.

78. Nuestro Tribunal Supremo está aplicando estos criterios. Así, en la STS de 24 de septiembre de 1999 (Aranzadi 9021) considera que el contrato realizado por la sociedad Gestión Urbanística de Canaria, SA, se encuentra sometido a las reglas del Derecho administrativo. Incluso mucho más allá ha avanzado el TJCE en su sentencia de 12 de julio de 2001, al indicar que se opone a las directivas una legislación nacional en materia de urbanismo que permite, apartándose de los procedimientos previstos por las mismas, la realización directa por el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado de una obra de urbanización, con imputación de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia, cuando el valor de dicha obra sea igual o superior al umbral fijado por las directivas. Sobre la incidencia de esta sentencia, pueden consultarse los trabajos de Tejedor Bielsa, "Contratación de la obra pública urbanizadora y sistema de compensación. La sentencia del tribunal de justicia de 12 de julio de 2001", de próxima publicación en REDA, 112, 2001, p. 597-611 y de T. R Fernández, "Comentario de urgencia de la STJCE de 12 de julio de 2001 sobre la Ley de régimen del suelo y valoraciones de 13 de abril de 1998", Actualidad Jurídica Aranzadi, 497, de 2 de agosto de 2001.

79. Sobre estas sentencias de 2003, pueden consultarse, además de los comentarios de García de Enterría publicados en la REDA 119 y 120 ya citados, los de Piñar Mañas, "La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas. Importante STJCE de 15 de mayo de 2003 por la que se condena a España en materia de contratos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 585, 2003; Moreno Molina, José Antonio, "Reciente evolución del Derecho comunitario de la contratación pública. El asunto C-214/2000", en Gimeno Feliu, José María (coordinador), *Contratación de las administraciones públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004; Noguera de la Muela, "El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social", en Gimeno Feliu, José María (coordinador), *Contratación de las administraciones públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, y también en su estudio "Consecuencias de la sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 (Comisión/España) en el ordenamiento jurídico español: Concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social", *Revista Andaluza de Administración pública*, 53, 2004, p. 17-45; Razquin Lizarraga, José Antonio: "El impacto de la jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el ordenamiento jurídico interno", Revista Jurídica de Navarra, 37, enero-junio de 2004, p. 205-238, y Bernal Blay, "Acerca de la transposición de las directivas comunitarias sobre contratación pública. Comentario a la STJCE de 13 de enero de 2005, as. C-84/03 (Comisión Vs. Reino de España) y el Real decreto ley 5/2005, de 11 de marzo", RAP, 2005.

consecuencia, del de la Directiva 89/665".[80] Los motivos que justifican esta decisión del TJCE son elocuentes:

"Ha quedado acreditado que, a tenor del artículo 1, apartado 3, de la Ley 13/1995, en relación con la disposición adicional sexta de la misma Ley, los organismos públicos que tienen estatuto de Derecho privado, categoría constituida en el ordenamiento jurídico español por las sociedades mercantiles bajo control público, quedan fuera del ámbito de aplicación personal de la normativa española sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y, por tanto, del régimen de recursos en materia de contratación pública.

"48. Resulta de lo anterior que, para determinar si esta exclusión constituye una adaptación correcta del Derecho interno al artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, es necesario comprobar si el concepto de 'entidad adjudicadora' que figura en esta disposición se refiere únicamente a los organismos que se rigen por el Derecho público, como sostiene el Gobierno español, o si los organismos que tengan estatuto de Derecho privado pueden también estar comprendidos dentro de este concepto.

"51. De ello se desprende que, para determinar si la normativa española adoptada para ejecutar el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 incorpora correctamente el concepto de 'entidad adjudicadora' que figura en este artículo, es necesario hacer referencia a la definición de dicho concepto y, de manera más particular, a la de 'organismo de Derecho público' utilizada, con unos términos esencialmente idénticos, en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las directivas 92/50, 93/36 y 93/37.

"52. El Tribunal de Justicia ya ha precisado, en relación con el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, que, para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido de esta disposición, *una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que enuncia la citada disposición, según los cuales debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público* (sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96, Rec. p. I-73, apartados 20 y 21).

"53. Además, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persiguen las directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, el concepto de 'organismo de Derecho público' debe recibir una interpretación funcional (véanse, en particular, las sentencias de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99, Rec. p. I-939, apartados 41 a 43, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-0000, apartados 51 a 53). *El Tribunal de Justicia también ha precisado que, a la vista de este doble objetivo, el concepto de 'organismo de Derecho público' debe interpretarse en sentido amplio* (sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, C-373/00, Rec. p. I-0000, apartado 43).

"54. En esta perspectiva, para resolver la cuestión de la calificación eventual como organismos de Derecho público de distintas entidades de Derecho privado, el Tribunal de Justicia se ha limitado únicamente, según jurisprudencia reiterada, a comprobar si estas entidades cumplían los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las directivas 92/50, 93/36 y 93/37, considerando que la forma de constitución de la entidad era indiferente a este respecto (en este sentido, véanse en especial las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartados 6 y 29; de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. p. I-6821, apartados 61 y 62, y Comisión/Francia, antes citada, apartados 50 y 60).

"55. De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que *el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las directivas 92/50, 93/36 y 93/37* y, por tanto, del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665.

"56. Es necesario señalar, además, que el efecto útil tanto de las directivas 92/50, 93/36 y 93/37 como de la Directiva 89/665 no quedaría plenamente preservado si pudiera excluirse la aplicación de dichas directivas a una entidad que cumpla los tres requisitos antes citados por el mero hecho de que, con arreglo al Derecho nacional al que está sujeta, su forma y su régimen jurídico correspondan al Derecho privado.

"57. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, *no cabe interpretar el concepto de 'organismo de Derecho público' utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los estados miembros pueden excluir*

80. Comentando esta sentencia pueden consultarse, entre otros, los trabajos de J. A. MORENO MOLINA en "Reciente evolución del Derecho comunitario en contratación pública", en el libro colectivo *Contratación de las administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho administrativo en materia de entes sujetos al Derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas", REDA, 119, 2003, p. 474-487; B. NOGUERA DE LA MUELA, "El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español", en el libro colectivo *Contratación de las administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública, Atelier*, Barcelona, 2004, p. 95-130; J. L. PIÑAR MAÑAS, "La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 585, 2003.

de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas directivas y, en consecuencia, del de la Directiva 89/665.

"58. Por otra parte, no cabe sostener que esta conclusión suponga hacer caso omiso del carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que dichas sociedades persiguen satisfacer, ya que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si la entidad afectada cumple o no el requisito contenido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de las directivas 92/50, 93/36 y 93/37.

"59. La citada conclusión tampoco queda desvirtuada por la falta de referencia expresa en las directivas 92/50, 93/36 y 93/37 a la categoría específica de 'empresas públicas', que sin embargo se utiliza en la Directiva 93/38. A este respecto, basta con recordar que los procedimientos de recurso iniciados contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras en el marco de la Directiva 93/38 se rigen por la Directiva 92/13 y no por la Directiva 89/665.

"60. Por tanto, se deduce de lo anterior que, en la medida en que excluye de antemano del ámbito de aplicación personal de la Directiva 89/665 a las sociedades de Derecho privado, la normativa española de que se trata en el caso de autos no incorpora correctamente el concepto de 'entidad adjudicadora' que figura en el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva, tal como se define en el artículo 1, letra b), de las directivas 92/50, 93/36 y 93/37." (La cursiva es nuestra.)

En consecuencia, la disposición adicional sexta de la LCAP no puede servir de instrumento para eludir de las reglas de la contratación pública, siendo aplicable cuando no concurran los citados tres requisitos para tener la consideración de poder adjudicador.

Interpretación avalada por la STJCE de 16 de octubre de 2003, en relación con la empresa pública SIEPSA al resolver que procede concluir que:

"las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil. De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición.

"En consecuencia, la Directiva 93/37 es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras convocados por dicha sociedad.

"A la luz de todas las consideraciones anteriores, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37."[81]

Esta decisión se fundamenta en que la citada empresa cumple los requisitos exigidos para tener la consideración de poder adjudicador: tiene personalidad jurídica; está controlada por el poder público y es una actividad de interés general. En este último aspecto conviene insistir, pues el Tribunal entiende que la actividad de la empresa es de por sí de interés general, lo que se avala por de dato –ciertamente decisivo– de que esta empresa, obviamente, no asume riesgo ni tiene fines de lucro, lo que supone que carece de contenido económico al ser el riesgo consustancial a toda actividad empresarial. El texto de la sentencia es elocuente:

"constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (véanse, en particular, las sentencias Adolf Truley, antes citada, apartado 50, y de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, C-18/01, Rec. p. I-0000, apartado 47).

"81. Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no-asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate (en este sentido, sentencias Adolf Truley, apartado 66, y Korhonen y otros, apartados 48 y 59, antes citadas).

"82. En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 51 de la sentencia Korhonen y otros, antes citada, si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable

81. Comenta esta sentencia J. A. CARRILLO DONAIRE, "Un nuevo paso en la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de poder adjudicador: La sentencia del TJCE de 16 de octubre de 2003, sobre procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas con ocasión de una licitación a cargo de la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios", *Revista Andaluza de Administración Pública*, 51, 2003, p. 127-151.

que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil.

"83. Por tanto, habida cuenta de los criterios elaborados por la jurisprudencia, procede examinar la cuestión de si las necesidades de interés general que SIEPSA pretende satisfacer tienen o no carácter industrial o mercantil.

"84. Ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español. Con este fin, realiza, según se desprende de sus estatutos, todas las actividades que resulten necesarias a efectos de la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario de dicho Estado.

"85. Por tanto, *las necesidades de interés general que SIEPSA se encarga de satisfacer están intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado*.

"86. Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a SIEPSA. Ha quedado demostrado, en efecto, que ésta ejecuta un Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros y que realiza sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración pública.

"87. Además, puesto que la aplicación de las penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. *Como alegó acertadamente la Comisión, actividades como la amortización y la creación de centros penitenciarios, que figuran entre los principales objetivos de SIEPSA, no están sujetas a la competencia en el mercado. Por consiguiente, dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos*.

"88. En cuanto a la alegación del Gobierno español basada en el hecho de que SIEPSA realiza sus actividades con ánimo lucrativo, basta señalar que, aun suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad.

"89. En efecto, de los estatutos de dicha sociedad se desprende claramente que actividades como la adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción o incluso la enajenación de las instalaciones desafectadas no son sino medios que SIEPSA aplica para alcanzar su principal objetivo, que consiste en contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado.

"90. Esta conclusión viene corroborada por el hecho de que, como señaló la Comisión sin ser contradicha por el Gobierno español, SIEPSA registró pérdidas financieras considerables durante los ejercicios 1997 y 1998.

"91. A este respecto, es preciso añadir que, con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de SIEPSA, *parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA*.

"92. En estas circunstancias, existe la posibilidad de que, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, SIEPSA se guíe por consideraciones distintas a las meramente económicas. Pues bien, precisamente para evitar tal posibilidad, se impone la aplicación de las directivas comunitarias sobre contratos públicos (en este sentido, en particular, sentencias Adolf Truley, apartado 42, y Korhonen y otros, apartados 51 y 52, antes citadas).

"93. Teniendo en cuenta el conjunto de factores jurídicos y fácticos que regulan la actividad de SIEPSA, como los señalados en los apartados 84 a 92 de la presente sentencia, procede concluir que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil.

"94. De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición.

"95. En consecuencia, la Directiva 93/37 es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras convocados por dicha sociedad.

"96. A la luz de todas las consideraciones anteriores, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37."

Esta sentencia aporta un dato claramente relevante: en ausencia de riesgo empresarial, una empresa pública o cualquier otro ente controlado por el poder público se comporta como poder adjudicador y estará sometido a las reglas y principios de la contratación pública.

Para intentar adaptar el ordenamiento jurídico español a esta jurisprudencia –que como recuerda la

Directiva 18/2004, es fuente del Derecho– la Ley 62/2003, de acompañamiento a los Presupuestos Generales de 2004, ha cambiado la redacción del artículo 2.1 de la LCAP:

"Las entidades de Derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior y las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que, además, concurra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b del apartado 3 del artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del impuesto sobre el valor añadido, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalentes a 200.000 derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados."

Esta reforma, que opta por la distinción de los contratos en función del umbral comunitario, resulta manifiestamente insuficiente, dado que no cumple con los requisitos de la jurisprudencia del TJCE, lo que vuelve a exigir una interpretación conforme a la misma.[82] Obsérvese que se dejan fuera aparentemente a entes que no tengan forma societaria –lo que contraviene la filosofía de la jurisprudencia del TJCE– optando nuevamente por una interpretación formal y no funcional. Asimismo, se acoge la tesis de que si es interés general no puede ser industrial o mercantil, lo que contraviene la opinión del TJCE en este punto que afirma que son compatibles ambos conceptos (STJCE BFI Holding o Adolf Truley) y que implica negar el carácter autónomo y propio del Derecho comunitario a este concepto.[83]

Sorprende igualmente el ámbito objetivo, pues se limita a los contratos nominados con la exclusión del de concesión de obra pública. Limitación que claramente debe ser considerada contraria a Derecho. En suma, la reforma vuelve a ser una ocasión perdida y plantea serios problemas interpretativos que deben resolverse atendiendo a lo ya expuesto en las líneas anteriores. En este punto, debe advertirse que la LCAP mantiene un ámbito de aplicación "propio" para los contratos de concesión de obra pública que difiere del general. El artículo 220.1 de la LCAP dice:

"1. Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquel en cuya virtud la Administración pública o entidad de Derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título."

Obsérvese como aquí se habla sólo de entidad de Derecho público concedente y no de sociedades privadas. A todas luces, una interpretación sistemática de la norma nos conduce a la conclusión de que los contratos de concesión de obra pública por las sociedades privadas están –en la Ley– excluidos, pues de lo contrario no tendría sentido la distinción que efectúa el artículo 2.1 de la LCAP. Es más, si analizamos la reciente Ley de 3 de noviembre de 2003, de patrimonio de las administraciones públicas, se constata en su artículo 166 la distinción entre "entidades de Derecho público" y "sociedades mercantiles estatales", lo que conduce a la evidente reflexión que para estas últimas no es de aplicación la LCAP (ni siquiera el artículo 2.1 a la vista de lo dispuesto en el artículo 7.2 de la LCAP).[84] Obviamente, esta solución es contraria a Derecho comunitario, pero nuevamente nuestro texto legal –por acción u omisión– genera innecesarias dosis de inseguridad jurídica que deberían ser resueltas mediante una adecuada transposición acorde a las directivas y a su espíritu que permitieran una interpretación uniforme en todo el ordenamiento español.[85]

Más correcta es, sin duda, la opción del legislador andaluz en su Ley 18/2003, de 19 de diciembre, al declarar su artículo 122 que a las entidades vinculadas o dependientes de la Junta de Andalucía que tengan la consideración de poder adjudicador conforme a la legislación comunitaria les serán de aplicación las reglas de la LCAP cuando superen los umbrales comunitarios.

En este contexto debe entenderse la reciente sentencia de 13 de enero de 2005, de nueva condena al Reino de España por incumplimiento del ámbito subjetivo o

82. *Vid.* el interesante comentario de B. NOGUERA DE LA MUELA, "Consecuencias de la sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 (Comisión/España) en el ordenamiento jurídico español: Concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación TRLCAP introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social", *Revista Andaluza de Administración Pública*, 53/2004, p. 17-45.

83. Aspecto sobre el que también llama la atención el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, "Ámbito de aplicación de la Ley", en el libro colectivo *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas, op. cit.*, p. 85.

84. Cuestión criticada por el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3375/2001, de 5 de diciembre de 2001. Así lo advierten también A. EMBID IRUJO y E. COLOM PIAZUELO, *Comentario a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Aranzadi, 2003, p. 99-100.

85. Iguales observaciones críticas son realizadas por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Ámbito de aplicación de la Ley", *op. cit.*, p. 102-105. Como recuerda este último, el conflicto se resuelve en clave de legalidad y no de constitucionalidad (STC 49/1998, 28/1991 y 235/2000), debiendo quedar desplazada la norma nacional contraria al Derecho comunitario.

personal contenido en las directivas (condenando también por la inadecuada utilización de la técnica del convenio interadministrativo y del procedimiento negociado). En la misma, el Tribunal recuerda las sentencias ya condenatorias del 2003 y concluye:

"27. Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, el concepto de 'organismo de Derecho público', concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, C-214/00, Rec. p. I-4667, apartados 52 y 53, y de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, C-283/00, Rec. p. I-11697, apartado 69).

"28. De ello se desprende que, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las directivas 93/36 y 93/37, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de estas directivas (sentencia de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, antes citada, apartados 54, 55 y 60).

"29. Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que esta interpretación no implica desconocer el carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que la entidad de que se trate persigue satisfacer, ya que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si tal entidad cumple o no el requisito contenido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de las directivas 93/36 y 93/37 (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 75).

"30. Por otra parte, esta conclusión tampoco puede invalidarse por la falta de referencia expresa, en las directivas 93/36 y 93/37, a la categoría específica de las 'empresas públicas', utilizada no obstante en la Directiva 93/38 (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 76).

"31. Por tanto, resulta de lo anterior que la normativa española incorpora de manera incorrecta el concepto de 'entidad adjudicadora' que figura en el artículo 1, letra b), de las directivas 93/36 y 93/37, ya que excluye de su ámbito de aplicación a las entidades de Derecho privado, cuando éstas pueden cumplir los requisitos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de dichas directivas."

El Estado, para dar cumplimiento a esta nueva sentencia, modifica, mediante el Real decreto ley 5/2005, con el objetivo de introducir reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005),[86] el artículo 2.1 para añadir a las fundaciones del sector público y las sociedades definidas en la Ley de Patrimonio del Estado de 2003,[87] sin abordar el resto de los problemas, o

86. El Real decreto ley 5/2005 fue convalidado por el Congreso de los Diputados mediante resolución de la Cámara de 7 de abril de 2005 (BOE núm. 89, de 14 de abril de 2005).

87. La remisión al artículo 166.1 de la LPAP tiene por consecuencia que en el concepto de sociedad mercantil queden incluidas, a los efectos de que aquí se trata: 1º) Las sociedades mercantiles estatales, es decir, "aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social, de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al cincuenta por ciento. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas" [artículo 166.1.c) de la LPAP]. La referencia al Texto refundido de la Ley general presupuestaria aprobado por Real decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, debe entenderse actualmente hecha a la nueva ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria (en adelante, LGP). Debe recordarse que, con arreglo al artículo 2.1 de la nueva LGP, forman parte del sector público estatal: "A) La Administración General del Estado; B) Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado; C) las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella; D) Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social; E) Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las administraciones públicas; F) Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de fundaciones; G) Las entidades estatales de Derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado; H) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dichos entes y siempre que sus actos están sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado." Las referencias contenidas en este apartado se refieren a los consorcios dotados de personalidad jurídica creados para la gestión de los convenios de colaboración suscritos entre la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, por una parte, y los órganos correspondientes de las administraciones de las comunidades autónomas (artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común); y a los consorcios constituidos por las entidades locales con 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 las administraciones públicas (artículo 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local). Por tanto, cuando el artículo 166.1.c) de la LPAP alude a las sociedades mercantiles estatales, definiéndolas como aquéllas en cuyo capital social es mayoritaria la participación de las entidades integrantes del sector público estatal, se refiere a las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenece en más de un cincuenta por ciento a las entidades enumeradas en el artículo 2.1 de la LGP. Así lo recuerda la Instrucción núm. 3 de 2005, de los servicios jurídicos del Estado sobre contratación de sociedades mercantiles estatales y fundaciones del sector público estatal.

mejor, incorrecciones denunciados, planteando las mismas dudas sobre la correcta transposición.[88] En consecuencia, y en tanto se realiza por el Estado una transposición correcta y leal que garantice el efecto útil de las normas comunitarias (diferenciando el régimen en función del tipo de personificación, pública o privada), el principio de primacía del Derecho comunitario obliga al intérprete a realizar una interpretación conforme a las directivas de contratos públicos.[89]

En consecuencia, en los distintos y variados supuestos de descentralización funcional mediante la creación de entes instrumentales, la naturaleza de poder adjudicador dependerá, al margen de su personificación jurídica o privada (indiferente a estos efectos),[90] por las notas de control público y por la satisfacción de una actividad de interés general (aunque esta sea de carácter industrial o comercial), sin que tenga por qué existir necesariamente monopolio. Sólo cuando el ente contratante realmente se comporte como un auténtico agente económico (desprovisto de funciones administrativas) en condiciones de igualdad y sin prerrogativas propias de un poder público será legítima –incluso necesaria– la decisión de adoptar técnicas jurídicas propias del Derecho privado, caracterizadas principalmente por su flexibilidad, lo que justificaría la aplicación de la disposición adicional sexta de la LCAP. Pero en dicho caso estas "empresas públicas" concurrentes con la iniciativa privada deberán aceptar las reglas de juego impuestas a todos los agentes económicos, cuyo núcleo principal se concentra en el Derecho de la competencia.[91] Esto significa que la coexistencia de un sector empresarial público con un sector privado, dentro del marco de una economía social de mercado y la pertenencia a la Comunidad Europea, exige que las empresas públicas que actúan en el mercado se sometan a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de cualquier índole, a fin de no gozar de privilegios que falseen el juego de la libre competencia del mercado (vulnerándose los artículos 81, 82 y 87 del TCE).[92]

En todo caso, una solución a la problemática derivada de la contratación mediante sociedades privadas que tengan la consideración de poder adjudicador sería la distinción del régimen jurídico para las mismas pues no debe ser el mismo que el de las personificaciones públicas. Una adecuada regulación que conjugase los distintos intereses en públicos permitiría reconducir la actual –y preocupante– situación del ámbito subjetivo en España.[93]

Para finalizar, debe llamarse la atención sobre la aplicación de la Directiva a sujetos no poderes adjudicadores que ostenten derechos exclusivos. Al efecto, la STJCE de 18 de noviembre de 1999 (Unitron Scandinavia) recuerda que el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36 debe interpretarse del siguiente modo:

"Dicha disposición impone a un poder adjudicador que otorga derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público a cualquier entidad distinta de tales poderes adjudicadores que exija a ésta que respete el principio de no-discriminación en razón de la nacionalidad al adjudicar contratos públicos de suministro a terceros en el marco de esa actividad.

88. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la razón por la que el legislador introduce en el TRLCAP las modificaciones contenidas en el artículo 34 del Real decreto ley 5/2005 y que justifica la utilización de ese excepcional instrumento normativo, cuyo uso se halla restringido por el artículo 86.1 de la Constitución española a los casos de extraordinaria y urgente necesidad, no es otra que la de dar inmediato cumplimiento a la sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) con fecha 13 de enero de 2005, en el asunto C-84/03, tramitado como consecuencia del recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra el Reino de España. Así consta en el apartado V de la exposición de motivos del Real decreto ley, en el que se señala lo siguiente: "La urgencia de la reforma legislativa explicitada se deriva de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de enero de 2005, que obliga a España a reformar su normativa referente a la adjudicación de contratos públicos, además de derivarse de la correcta adaptación al Derecho español de los principios y criterios jurídicos en materia de contratación pública."

89. Por todos, E. García de Enterría, "Ámbito de aplicación de la Ley", *op. cit.*, p. 104, y J. M. Baño León, "La vinculación del Estado a las normas básicas de contratación", *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 1762-1764. En este mismo sentido se posiciona J. A. Razquin, "El impacto de la jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el ordenamiento jurídico interno)", *Revista Jurídica de Navarra*, 37, 2004, p. 231-232.

90. A modo de ejemplo, debe significarse como el legislador francés ha incluido a entes privados dentro del concepto de poder adjudicador. Por todos, puede consultarse L. Richer, "L'article 1 du Code des Marchés publics doit-il-etré revisé?", AJDA, monográfico de 1994, p. 16.

91. Como bien destaca González-Varas Ibáñez, la admisión de la aplicación del Derecho privado para la realización de fines públicos mercantiles está acompañada del respeto y juego limpio de la actuación administrativa económica en el mercado, de tal manera que la observancia en estos casos por la Administración del Derecho de la competencia (por exigencia tanto del Derecho interno como del Derecho comunitario), no es sino el respeto mismo por el Derecho. "Perspectivas jurídicas de la actuación económica...", *op. cit.*, p. 54-56.

92. Desde esta perspectiva es muy criticable la opción del legislador aragonés (artículo 52 de la Ley 13/2000, de 27 de diciembre, de acompañamiento a los Presupuestos) de considerar a todas sus empresas públicas como medios propios a los que encargar asuntos sin necesidad de licitación, pues posteriormente estas empresas han de aplicar la disposición adicional sexta de la LCAP al no considerarse entes del artículo 1.3 de la Ley. La infracción del fin de la norma comunitaria resulta en este caso evidente. Esta crítica es igualmente extendible a la práctica estatal de encargar a TRAGSA (empresa pública estatal) la realización de encargos considerándola medios propios. Estamos aquí en presencia de los denominados servicios o contratos in house, objeto de estudio por las instituciones comunitarias y que, en parte, ha sido objeto de análisis por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 18 de noviembre de 1999 (Asunto TECKAL) al afirmar que la normativa sobre contratación pública "es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora".

93. Es más, si se compara la LCAP con otras leyes se constata la disfunción. Así tanto la Ley general presupuestaria de 27 de noviembre de 2003 y la Ley de Patrimonio de las administraciones públicas de 3 de noviembre de 2003 opta por un concepto amplio de sujetos que bien podría incorporarse a la futura Ley de contratos de las administraciones públicas. *Vid.* al respecto A. Pérez Moreno, "La contratación de los entes instrumentales", en el libro colectivo *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, *op. cit.*, p. 1561-1565.

"En cambio, cuando concurran las referidas circunstancias, dicha disposición no impone al poder adjudicador la obligación de exigir a la entidad de que se trate que respete los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 93/36 para la adjudicación de tales contratos públicos de suministro."

Esta reforma exige una valoración. De la lectura de las directivas y de nuestra LCAP (que se debería plasmar en una futura Ley de contratos públicos) se desprende un primer dato. El régimen jurídico puede ser distinto en función del umbral del contrato que se pretende licitar.

a) *Cuando se superan los umbrales comunitarios* (ahora recogidos en reglamento comunitario a efectos de estabilidad y seguridad jurídica de los mismos) todo poder adjudicador, al margen de su naturaleza pública o privada debe aplicar las reglas exigibles a contratistas, procedimientos y criterios de adjudicación, publicidad, determinación conforme al CPV del contrato y notificación de la adjudicación formalización. Las diferencias entre su distinta personificación radicarán en los trámites administrativos contenidos en la LCAP, exigibles a entes con personalidad pública con consideración de administración pública conforme a la Ley 30/1992, de 27 de noviembre. Así, para éstas deberán aplicarse las previsiones del libro I de la LCAP relativas a la tramitación de expedientes y todo el libro II en cuanto al régimen jurídico de los contratos, mientras que las personificaciones privadas, como ahora dispone el artículo 2.1 de la LCAP, sólo aplicarán las previsiones de la LCAP relativas a capacidad del contratista, los procedimientos y criterios de adjudicación y la notificación y comunicación contendidos en la LCAP.

La disposición adicional sexta de la LCAP, como se ha intentado demostrar, sólo será de aplicación residual para los sujetos privados que no cumplan alguno de los requisitos para tener la consideración de poder adjudicador.

b) *En los contratos que no superan el umbral comunitario* debe igualmente realizarse esta doble distinción en función de la naturaleza pública o privada. En los primeros, por mandato de la LCAP, resulta de aplicación las mismas previsiones que los de umbrales superiores con la única matización de poder utilizar el contrato menor (artículo 56 de la LCAP y 121, 176 y 201 de la misma Ley) o el procedimiento negociado sin publicidad por cuantía (artículos 141, 182 y 210 de la LCAP). Posibilidad que dado el importe queda limitada en gran medida obligando en la mayoría de los contratos a acudir a los procedimientos ordinarios.

En los segundos, los entes de naturaleza privada y fundaciones, la literalidad del artículo 2.1 de la LCAP podría hacernos pensar en que los contratos que no superaban el umbral comunitario no están sometidos a la Ley y pueden acogerse directamente a la disposición adicional sexta. Pues bien, en mi opinión tal posibilidad debe ser rechazada de plano pues iría en contra de la finalidad de la Directiva comunitaria. Por debajo del umbral, como ya se afirmara en la Introducción a este estudio, juegan los principios comunitarios descritos teniendo los estados libertad para flexibilizar los procedimientos pero no para excluir las reglas de concurrencia o transparencia.[94] Tal afirmación encuentra aval en la propia LCAP al regular por debajo de estos umbrales los procedimientos de contratos de las administraciones públicas y permitir incluso su envio, potestativamente, a efectos de publicidad al DOUE, jugando entonces los plazos propios de éste. Luego si esto es así para los sujetos públicos debe igualmente serlo para los de naturaleza privada pues, como se viene insistiendo, esta distinción es indiferente para el Derecho comunitario. Las consecuencias jurídicas deben ser idénticas en función no del dato de su personalidad pública o privada sino del hecho de si los mismos revisten o no la consideración de poder adjudicador. Es ese, y no otro, el criterio para determinar cuáles deben ser las reglas contractuales a aplicar. De este modo, y a pesar de la literalidad del artículo 2.1 de la LCAP, debe entenderse que para todos los contratos que no superen los importes de publicidad comunitaria deberán aplicarse los principios de la contratación pública expuestos y cuya concreción a este supuesto implicaría necesariamente que deberán respetarse las reglas de admisión de contratistas, no pudiendo contratar con quien no reúna las condiciones mínimas de solvencia o se encuentre incurso en prohibición de contratar, deben aplicarse igualmente los procedimientos y criterios de adjudicación con la única matización de que bien podría pensarse en el carácter ordinario del procedimiento negociado dado que no existe prohibición por cuantía para estos sujetos privados. En todo caso, no cabe la contratación directa ni es posible establecer licitaciones que no cumplan los requisitos procedimentales, o lo que es lo mismo, no pueden, por ejemplo, utilizarse criterios de solvencia o experiencia en una adjudicación mediante concurso, ni pueden introducirse criterios discriminatorios o desproporcionados o que no guarden relación con la prestación solicitada.

94. Es decir, si tiene consideración de poder adjudicador juegan los principios y reglas de la contratación pública y no la disposición adicional sexta que sólo debe operar cuando los entes privados financiados públicamente no tengan dicha consideración y actúen como agentes económicos sometidos al derecho de la competencia. Esta misma opinión es compartida por NOGUERA DE LA MUELA, "Consecuencias de la sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 Comisión/España en el ordenamiento jurídico español: Concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación del TRLCAP introducido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medias fiscales, administrativas y del orden social", *Cuadernos de Derecho Local*, 4, 2004, p. 98-99.

Una segunda conclusión resulta también evidente (y la destaca la Instrucción núm. 3 de 2005, de los Servicios Jurídicos del Estado). La aplicación a las referidas sociedades y fundaciones del sector público estatal de los preceptos del TRLCAP a que se refiere el artículo 2.1 de la misma –relativos a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación–, no puede efectuarse atendiendo de un modo nominalista a las rúbricas de los correspondientes títulos, capítulos o artículos de la citada Ley, sino al contenido de sus preceptos y de los correlativos de las directivas comunitarias citadas, de modo que no quede excluida la aplicación de previsiones que, de conformidad con éstas últimas y con la jurisprudencia del TJCE, son aplicables a todos los poderes adjudicadores, concepto autónomo del Derecho comunitario que se interpreta por el TJCE en un sentido funcional, y en el que resultan comprendidas las sociedades mercantiles estatales y fundaciones del sector público estatal, con independencia de su naturaleza jurídico-privada.

Por último, la distinción alcanza al régimen jurídico del contrato optándose por diferenciar en función de la naturaleza –pública o privada– del ente contratante. Así, en los supuestos del artículo 2.1 se deduce que –salvo previsión legal expresa– no son aplicables en ningún caso a las sociedades y fundaciones de que se trata las previsiones del TRLCAP en las que sancionan prerrogativas o privilegios de las administraciones públicas. Cuestión a mi juicio no muy afortunada pues la interpretación funcional del contrato o prestación aconsejan valorar la inclusión de ciertas facultades a favor de estas sociedades siempre y cuando no se alteren las reglas del Derecho de la competencia.

Ciertamente, el marco jurídico español es impreciso, y convendría, *de lege ferenda*, una adecuada respuesta jurídica a la contratación de entes privados, pero este deficitario escenario jurídico no puede ser excusa para amparar el incumplimiento de los principios comunitarios.[95] En definitiva, por debajo del umbral hay flexibilidad pero no exoneración de las reglas de contratación pública, no siendo de aplicación directa en tales casos la disposición adicional sexta de LCAP, que, reiteramos, tiene carácter residual para sujetos privados que no revistan la condición de poder adjudicador.

Como conclusión, puede decirse que frente a la actual y preocupante situación caracterizada por la inaplicación de los procedimientos y principios de la contratación pública, amparada muchas veces en criterios jurídicos de índole formal, debe defenderse la necesidad de realizar una interpretación subjetivo-funcional que garantice el cumplimiento, al menos, de las normas de publicidad y concurrencia de los procesos de selección de contratistas con independencia del tipo de personificación adoptado y del régimen jurídico "aparente" aplicable a sus contratos.[96] Esta interpretación nos permite corregir la aparente indefinición del ámbito subjetivo de la LCAP que ha servido de excusa tanto para el legislador estatal como autonómico para, a través de normas legales *ad hoc*, excepcionar el régimen de la contratación pública.[97] Por ello, en tanto nuestra LCAP obedezca a criterios formales (y formalistas), se presentarán necesariamente problemas de articulación de ordenamientos jurídicos derivados de la colisión de lo dispuesto por la LCAP y el régimen de "excepción" a la regla general y formal aprobado por la Ley sectorial, lo que crea cierta y "gratuita" inseguridad para el aplicador del Derecho. Obviamente, debe recalcarse que la solución a esta problemática pasa por entender que la aparente indefinición de conceptos no implica libertad de actuación para los estados miembros, habida cuenta que, en cuanto noción de

95. En este sentido, la citada Instrucción 3/2005 recomienda por debajo de los umbrales comunitarios aplicar los principios de concurrencia y publicidad que concreta en lo siguiente:

"–Definición clara y previa en cada supuesto del objeto de la contratación, de forma que éste pueda ser conocido por todos los licitadores eventualmente interesados.

"–Determinación previa de los criterios objetivos aplicables a efectos de valorar las ofertas.

"–Fijación previa y objetiva de los medios de publicidad aplicables.

"–Establecimiento de una fase de admisión de ofertas, que en principio, y en aplicación de la concurrencia que legalmente incumbe a estas sociedades y fundaciones, ha de ser abierta a cuantos licitadores reúnan los requisitos exigidos en cada caso por la propia sociedad o fundación.

"–Determinación clara y previa del órgano competente para efectuar la propuesta de adjudicación y del órgano competente para adjudicar el contrato.

"–Propuesta de adjudicación a favor de la oferta más ventajosa de acuerdo con los criterios objetivos que en cada caso se hayan establecido.

"–Publicidad de la adjudicación, en la forma que se establezca y siempre con carácter general y objetivo.

"–Admisión restrictiva de supuestos que restrinjan la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia consagrados en el TRLCAP.

"En este último sentido, dado que el régimen de los contratos menores y el procedimiento negociado suponen excepciones a los principios de publicidad y concurrencia, se considera razonable que en los manuales o protocolos de procedimiento de contratación que, en desarrollo de la disposición adicional sexta del TRLCAP, puedan aprobar las sociedades y fundaciones de que se trata, se establezcan cuantías y supuestos coincidentes con los que establece el TRLCAP respecto a las administraciones públicas."

96. Al fin y al cabo, la exigencia de aplicar estos principios deriva tanto del respeto a los derechos de los particulares, que incluye el derecho a la igualdad de trato, tal como expresamente exigen el artículo 14 de la CE y el artículo 12 del TCE; como del carácter servicial o vicarial de la Administración pública. En esencia, se trata, como ya se ha defendido (Gimeno Feliu, "La necesaria interpretación…", *op. cit.*, p. 436-438) de aplicar a sus últimas consecuencias la teoría subjetivo-estatutaria del Derecho administrativo, que demuestra su plena operatividad. De esta misma opinión, dando cuenta de la jurisprudencia citada, puede consultarse a E. Montoya, "La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del concepto de poder adjudicador de las directivas de contratación pública", *Revista Andaluza de Administración Pública*, 41, 2001, p. 125-154.

97. Muchos son los ejemplos, pero a estos efectos interesa destacar que teniendo en cuenta que el elemento teleológico está siempre presente en las directivas comunitarias, es imprescindible realizar interpretaciones que garanticen la consecución del resultado que se persigue con la Directiva, que en el caso que nos ocupa se concreta en la apertura efectiva de la contratación pública. Sobre esta cuestión puede consultarse la monografía de F. Villalba Pérez, *La contratación de las sociedades en manos de las administraciones públicas: principios de publicidad y concurrencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Derecho comunitario, sólo es admisible una interpretación uniforme de la misma por todos los estados miembros, partiendo del sentido y del objeto perseguido en la disposición.[98] Por este motivo, tanto los preceptos definidores de lo que se entiende por poder adjudicador, como los anexos de que constan en estas directivas (que se actualizan periódicamente por la Comisión, y ciertamente sugerentes si se observa lo que se dispone para ciertos estados, como Francia o Países Bajos) prevalecen sobre las decisiones (incluso legales) de los estados, ya que el referido principio de interpretación uniforme impide que los estados tengan margen discrecional de actuación, dado que la libertad de acción en la transposición que ofrece el TCE no afecta, como indica R. Alonso García, a su obligación de elegir las formas y medios más apropiados para asegurar la efectividad de las directivas.[99] Y este criterio es el que viene aplicando reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a fin de garantizar el desarrollo correcto de las normas del Tratado.[100] Así lo demuestra, de forma decisiva, la STJCE de 17 de noviembre de 1993, que condena al Estado español, declarando la incompatibilidad de ciertos preceptos de la Ley de contratos del Estado y su reglamento con la anterior normativa sobre contratación pública.[101] En la misma se declara no conforme con la misma el artículo 2.8 de la LCE (precepto en el que se fundamentaba la inaplicabilidad de dicha normativa a las entidades instrumentales) a cuyo tenor quedan fuera del ámbito de aplicación de la misma las entidades instrumentales que actuaban sometidas al Derecho privado. En opinión del Tribunal –que comparto plenamente–, este precepto constituye una exclusión de carácter general contraria a lo dispuesto en las directivas comunitarias, que no admiten más excepciones que las expresamente mencionadas. Asimismo, recuerda el Tribunal que aunque la transposición al Derecho interno de una directiva no requiere una ley específica que repita textualmente la norma comunitaria, sí exige, al menos, que su contenido sea recogido en una norma de forma lo suficientemente clara y precisa como para que sus beneficiarios puedan conocer con exactitud sus derechos a fin de hacerlos valer ante tribunales nacionales.[102] De ahí que, cuando todas las excepciones permitidas por las directivas han sido recogidas en la normativa nacional (ley o reglamento), la previsión de nuevas excepciones a introducir por otras leyes contribuye a crear una situación de inseguridad que impide a los interesados conocer con exactitud sus derechos y obligaciones.[103] El criterio determinante en aras a la determinación del régimen jurídico aplicable a la contratación de estos "entes instrumentales" ha de ser el de la naturaleza de la actividad objeto de la Administración pues así lo exige el principio de libre competencia consagrado en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea y el principio de libertad de empresa a que se refiere el artículo 38 de la CE.

Esta solución supone, insistimos, que la aparente flexibilidad de conceptos no implica libertad de actuación para los estados miembros habida cuenta que, en cuanto noción de Derecho comunitario, sólo es admisible una interpretación uniforme de la misma por todos los estados miembros, partiendo del sentido y del objeto perseguido en la disposición.[104] Por este motivo, tanto los preceptos definidores de lo que se entiende por poder adjudicador, como los anexos de que constan en estas directivas (que se actualizan periódicamente por la Comisión) prevalecen sobre las decisiones (incluso legales) de los estados, ya que el referido principio de

98. Así deriva, como recuerda el profesor S. MUÑOZ MACHADO ("Los principios del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española", REDA, 75, 1992, p. 338 y ss.), de los imperativos propios del Derecho comunitario: principios de primacía, y de aplicabilidad directa y uniforme del mismo. La STJCE de 16 de junio de 1987 reitera el principio de que los estados miembros no pueden invocar disposiciones de su propio ordenamiento para limitar el alcance de las disposiciones y nociones comunitarias. *Vid.*, por todos, J. M. TRAYTER, "El efecto directo de las directivas comunitarias: El papel de la Administración y los jueces en su aplicación", RAP, 125, 1991, p. 188 y ss.

99. R. ALONSO GARCÍA, "La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español", RAP, 121, 1991, p. 215 y ss. Para evitar esta problemática quizá sería conveniente, como ha sugerido AECOPYR (Asociación Española de Contratación Pública y Regulada) en su contestación al Libro verde *La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro,* que la Comisión aprobara "comunicaciones" relativas al concepto de ente de Derecho público, de cara a delimitar correctamente el ámbito subjetivo. La contestación de esta Asociación al Libro verde puede verse, extractada, en Noticias AECOPYR, 2, 1997, p. 2-5.

100. *Vid.* especialmente S. MUÑOZ MACHADO, Público y privado en el mercado europeo..., *op. cit.*, p. 90-94; *ibídem*, "La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad", en el libro homenaje al profesor Clavero Arévalo, *op. cit.*, p. 1251 y ss.; E. MALARET I GARCÍA, *Público y privado...*, *op. cit.*, p. 106-113.

101. *Vid.* LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, "La apertura de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos públicos a las empresas de otros estados miembros de la Unión Europea", RAP, 133, 1993, p. 335-342, y J. M. TRAYTER, "Consecuencias inmediatas que sobre la legislación española provoca la declaración de incumplimiento realizada por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1993", *Noticias de la Unión Europea*, 121, 1995, p. 99-114.

102. *Vid.* G. ISAAC, *Manual de Derecho comunitario general*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 169-172, y MOLINA DEL POZO, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Trivium, Madrid, 1990, p. 313-319.

103. Opinión que también comparte S. DEL SAZ, "La huida del Derecho administrativo...", *op. cit.*, p. 92.

104. Esto significa que prevalece el concepto comunitario funcional de Administración pública (criterio que con carácter general defiende J. A. MORENO MOLINA, "El Derecho comunitario…", *op. cit.*, p. 35-36). Así deriva, como recuerda el profesor S. MUÑOZ MACHADO ("Los principios del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española", REDA, 75, 1992, p. 338 y ss.), de los imperativos propios del Derecho comunitario: principios de primacía, y de aplicabilidad directa y uniforme del mismo. La STJCE de 16 de junio de 1987 reitera el principio de que los estados miembros no pueden invocar disposiciones de su propio ordenamiento para limitar el alcance de las disposiciones y nociones comunitarias. Recuérdese que la STJCE de 16 de junio de 1987 reitera el principio de que los estados miembros no pueden invocar disposiciones de su propio ordenamiento para limitar el alcance de las disposiciones y nociones comunitarias. *Vid.*, por todos, J. M. TRAYTER, "El efecto directo de las directivas comunitarias: El papel de la Administración y los jueces en su aplicación", RAP, 125, 1991, p. 188 y ss.

interpretación uniforme impide que los estados tengan margen discrecional de actuación, dado que la libertad de acción en la transposición que ofrece el actual artículo 249 del TCE no afecta a su obligación de elegir las formas y medios más apropiados para asegurar la efectividad de las directivas.[105] En esta línea se acaba de manifestar la STJCE de 2 de junio de 2005 (Koppensteiner GMBH), al afirmar que:

"son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. *En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación* que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665." (La cursiva es nuestra.)[106]

2.5. ¿Hasta dónde penetra el concepto de poder adjudicador: alcanza a la denominada "Administración corporativa"?

Es este uno de los temas más vidriosos si se observa, además, las opciones legislativas de otros países de la Unión. Así, la interpretación amplia a la que nos hemos referido pretende adecuar o extender el concepto de poder adjudicador a los distintos entes instrumentales que conforman la denominada Administración institucional, en la que la base de los mismos será, desde una perspectiva funcionalista, pública y no se aplicará a las corporaciones sectoriales de base privada.[107] Mantenemos este criterio atendiendo al dato de que las corporaciones públicas y los entes institucionales tienen base distinta, ya que son, en esencia, las primeras un agrupamiento de personas (*universitas personarum*) y los segundos constituyen un conjunto de cosas (*universitas rerum*). Los entes corporativos tienen originariamente el significado que les da la voluntad de sus miembros de agruparse para la defensa de sus intereses peculiares (de los abogados, de los médicos, de los comerciantes…), su sostenimiento económico corre a cargo de aquéllos y se gobiernan bajo la técnica de la autoadministración. Por contra, los entes institucionales aparecen por voluntad del ente público que los crea, para el cumplimiento de la finalidad pública que les es asignada, su sostenimiento económico depende de la dotación financiera que se les atribuye y su administración responde al principio organizativo burocrático, como entes instrumentales al servicio de la voluntad de su fundador. El ordenamiento atribuye a los entes asociativos o sectoriales de base privada personalidad jurídica de Derecho público, lo que hace que se hable de ellos como "corporaciones de Derecho público", pero tan sólo en el sentido de que no se trata meramente de asociaciones privadas, sino que se les da ese reconocimiento público, que supone su existencia exclusiva. Al conferirles personalidad jurídico-pública, encomienda a esas corporaciones el desempeño de ciertas facultades y funciones públicas relacionadas con sus miembros o con el sector de actividad en que éstos se mueven. Son estos datos, especialmente el desempeño de funciones administrativas, los que se esgrimen por parte de la doctrina para considerar la existencia de una llamada "Administración corporativa". Resulta necesario destacar que las corporaciones de Derecho público, a pesar de tratarse de entidades asociativas de base privada, realizan, en efecto, algunas funciones públicas, determinadas en sus normas creadoras y sólo en los casos de ejercicio de las mismas cabrá considerar que estamos en presencia de una actuación administrativa, mientras que otras facetas de la actividad corporativa tienen un carácter claramente privado, relacionado en exclusiva con la vida de la corporación y sus miembros. La normativa básica estatal en materia de régimen jurídico de las administraciones públicas y sobre el procedimiento administrativo común no contempla inmediatamente la actuación de las corporaciones, sino que, por su especificidad, las excluye del concepto de Administración y remite a su propia regulación.

Por último, conviene advertir que hay entidades indudablemente privadas, con personalidad jurídico-privada, que reciben directamente de la Ley la habilitación (o delegación) para ejercer funciones públicas (caso de las federaciones deportivas, juntas de compensación, entidades urbanísticas de colaboración, etc.), o incluso de las administraciones públicas (concesionarios, por ejemplo). Se habla entonces de entes o agentes colaboradores de la Administración (STC de 21 de julio de 1994). Como ejemplo, a raíz de la naturaleza de las juntas de compensación (o de otros entes colaboradores), por esa naturaleza administrativa, se ha cuestionado si se encuentran englobadas en el concepto de poder adjudicador ya referido que abarcaría o se extendería a la Administración institucional. Es decir, si son, en suma, un ejemplo o modalidad de este tipo de administración.

105. R. ALONSO GARCÍA, "La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español", RAP, 121, 1991, p. 215 y ss. Para evitar esta problemática, la Comisión Europea para estar dispuesta a presentar "comunicaciones" relativas al concepto de ente de Derecho público, de cara a delimitar correctamente el ámbito subjetivo. Al efecto puede consultarse la ponencia de A. MATTERA en las jornadas realizadas el 26 de noviembre de 1998 por la ERPA, publicada en el volumen titulado *Public Procurement in Europe*.

106. En esta línea se ha posicionado D. ORDÓÑEZ SOLÍS al recordar que el juez nacional debe interpretar la norma nacional de conformidad al Derecho comunitario. *La contratación pública en la Unión Europea…*, *op. cit.*, p. 223. Criterio que, por ejemplo, se predica de igual manera en el Derecho francés, como advierte, entre otros, F. BERTRAND, "L'influence du Droit communautaire sur de Droit administratif français", *Diritto Pubblico*, núm. 2 de 2001, p. 600.

107. NOGUERA DE LA MUELA, *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de contratos de las administraciones públicas*, Atelier, Barcelona, 2000, p. 87, o M. RAZQUIN, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 238.

Puede afirmarse que las juntas de compensación obedecen al denominado fenómeno de autoadministración en el que son los propios interesados los que desarrollan la función pública de la ejecución del planeamiento en virtud de una delegación que hace de la junta un agente descentralizado de la Administración, de suerte que aquélla tiene naturaleza administrativa –artículo 127.3 del TRLS (que se reproduce en legislación autonómica, por ejemplo, artículo 142 de la LUA).

Ello no significa que toda la actuación de la junta de compensación esté sometida al Derecho administrativo: en la medida en que aquélla gestiona intereses propios de sus miembros sin ejercicio directo de funciones públicas, está sujeta al Derecho privado. De ello deriva, pues, que al contratar –ejecuciones de obras, préstamos, ventas de terrenos, etc.– no ha de someterse a las formalidades propias del Derecho administrativo, pues todo ello tiene un carácter instrumental respecto de la finalidad última de la ejecución del planeamiento, sin implicar el ejercicio directo de funciones públicas. Así lo entiende con carácter general la doctrina[108] y la jurisprudencia (entre otras, STS de 11 de marzo de 1989, Aranzadi 1968). En definitiva, las juntas de compensación no tienen la consideración de poder adjudicador cuando gestionan intereses privados y, por tanto, no se encuentran sometidas a las reglas de la LCAP (STS de 24 de mayo de 1994 –Aranzadi 3908–, de 30 de octubre de 1989 –Aranzadi 7478).

A esta afirmación sólo se le puede presentar una matización derivada también de la jurisprudencia del TJCE. Se trata de la sentencia de 12 de julio de 2001, en cuya virtud, a la vista de la similitud de la legislación urbanística italiana y española, bien podría entenderse que las juntas de compensación, no teniendo la consideración de ente contratante sino de contratistas de las obras de urbanización, deberán someterse a las normas de publicidad y concurrencia cuando se superen los umbrales de publicidad comunitaria:[109]

"La eficacia de esta última se garantiza igualmente si la legislación nacional permite que la Administración municipal obligue al encargado de la urbanización titular de la licencia, mediante los acuerdos que celebra con íl, a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos por la Directiva, para cumplir las obligaciones que incumben a este respecto a la Administración municipal en virtud de dicha Directiva. En efecto, en este caso, con arreglo a los acuerdos celebrados con el Ayuntamiento que lo exoneran de la contribución a las cargas de urbanización como contrapartida por la realización de una obra de urbanización pública, debe considerarse que el urbanizador ha recibido un mandato expreso del Ayuntamiento para la construcción de dicha obra. Esta posibilidad de aplicación de las reglas de publicidad de la Directiva por personas distintas de la entidad adjudicadora está, por otra parte, expresamente prevista en su artículo 3, apartado 4, en caso de concesión de obras públicas."[110]

Lo que queda claro es que la aplicación de esta norma no es directa (insistir en que el contratista es la Administración municipal) y sólo regiría para los contratos directamente conectados con la obra urbanizadora, por lo que el resto de los contratos, al no ser poder adjudicador, se regirían por la normativa privada.[111]

Cuando la cuantía del umbral comunitario de publicidad no concurra en el supuesto concreto, bien puede afirmarse con rotundidad que la Junta de Compensación no se encontrará sometida a las reglas contractuales contenidas en la LCAP.[112] Así lo defiende con claridad Baño León, quien cuestiona, a mi juicio con acierto, el que cierta jurisprudencia nacional aplique las consecuencias de la citada sentencia Scala por debajo del umbral.[113]

En resumen, y debe insistirse en ello por las consecuencias jurídicas que comporta, todas las corporaciones de base privada quedan, *a priori*, fuera del ámbito de aplicación del artículo 1.3 de la LCAP al no poder tener la consideración de poder público adjudicador.[114]

2.6. Conclusión: una interpretación funcional del concepto de poder adjudicador

La transposición de la directiva obliga a abordar el ámbito subjetivo desde una perspectiva subjetivo funcional que comprende a órganos constitucionales, parlamen-

108. T. R. FERNÁNDEZ, Manual de Derecho urbanístico, Abella, Madrid, 2000, p. 165-167. MEDINA DE LEMUS, *Derecho urbanístico*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 149, SANTOS DÍEZ y CASTELAO RODRÍGUEZ, *Derecho urbanístico*, Abella, Madrid, 1999, p. 699, PAREJO ALFONSO, *Manual de derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 533.

109. *Vid.* los trabajos de T. R. FERNÁNDEZ, "La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto Proyecto Scala 2001) y su impacto en el ordenamiento jurídico español", DA, 261-262, 2002, p. 22-23; y R. GÓMEZ-FERRER, "Gestión del planeamiento y contratos administrativos", DA, 261-262, 2002, p. 51-54. *Ibídem*, "Contratos administrativos y gestión del planeamiento urbanístico", en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 1765-1880.

110. Un comentario a esta sentencia, desde la perspectiva de su influencia en nuestros tribunales, puede verse en HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, "Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la sentencia Scala 2001", *Cuadernos de Derecho Local*, 4, 2004, p. 7-17.

111. TEJEDOR BIELSA, "Contratación de la obra pública urbanizadora y sistema de compensación. La sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001", REDA, 112, 2001, p. 597-611.

112. El Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya 3/2003, de 29 de abril, entiende que las juntas de compensación no deben aplicar la LCAP. En dicho Informe parece partirse del dato de que al Junta de Compensación no tiene consideración de poder adjudicador.

113. BAÑO LEON, J. M., "El mercado público de las obras de urbanización. Notas sobre las consecuencias de la sentencia Scala de 2001", *Cuadernos de Derecho Local*, 4, 2004, p. 33-34.

114. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Ámbito de aplicación de la Ley", en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996, p. 110.

tos, administraciones públicas, entes instrumentales conforme a los criterios descritos, fundaciones, incluso entes privados cuando ejecutan obras públicas desde la perspectiva de su financiación. Pero obliga también a reflexionar sobre la posibilidad y conveniencia de incorporar nuevas técnicas organizativas para una mayor eficiencia como son las centrales de compras, a las que se refiere la Directiva 18/2004. Estas centrales de compras tienen por objeto facilitar las adquisiciones y beneficiarse de economías de escala y consisten en admitir que los sujetos contratantes adquieran suministros y/o servicios (asistencias) por medio de una central de compras creada exclusivamente para tal fin, teniendo ésta en todo caso la condición de sujeto contratante. La central de compras deberá poder igualmente adjudicar contratos o celebrar acuerdos marcos de obras, suministros y servicios destinados a los sujetos contratantes de las administraciones públicas de las que dependan o presten servicio.

Esta opción es conforme a las disposiciones comunitarias por cuanto se presume que los sujetos contratantes que adquieran obras, suministros y/o servicios por medio de una central de compras en los supuestos descritos han respetado las disposiciones de la norma, siempre que la central de compras respete y aplique correctamente los procedimientos de selección y adjudicación de contratos públicos.

Esta previsión de acudir a centrales de compras se muestra especialmente operativa en el ámbito de nuestra Administración local –excesivamente fragmentaria y escasa en plantilla para sus fines–, pudiendo jugar este papel las diputaciones provinciales a la vista de su función constitucional de asistencia y colaboración de los municipios.[115]

115. Esta posición institucional de las diputaciones provinciales –y de las comarcas– en el contexto de la contratación pública es resaltada con acierto por Font i Llovet y Padrós Castillón, "La Ley de contratos de las administraciones públicas y la contratación de la Administración local", en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 1607-1608.

ESTUDIOS

QDL

Responsabilidad patrimonial de la Administración. Incendios

Pilar Galindo Morell
Magistrada

1. La responsabilidad como principio general del Derecho.
1.1. Normativa constitucional. 1.2. Legislación general. 1.3. Normativa local.
2. Notas características del sistema de responsabilidad patrimonial.
3. Diferencia entre la responsabilidad administrativa y las prestaciones y ayudas de carácter social.
4. La objetivación de la responsabilidad administrativa.
5. El nexo causal, elemento clave.
6. Prueba del nexo causal.
7. Responsabilidad patrimonial en materia de incendios. Especial referencia a los incendios forestales.
8. Análisis de la STS de 21 de julio de 2000.
9. Otras sentencias en materia de incendios.

1. La responsabilidad como principio general del Derecho

Cualquier análisis sobre la responsabilidad patrimonial requiere, por un lado, una contemplación teórica de la institución, y por otro lado, una referencia a los problemas más relevantes que se plantean en la práctica, especialmente el tema de la prueba.

El sistema de responsabilidad patrimonial constituye una pieza esencial en el régimen de Derecho administrativo, incidiendo en la configuración última de los servicios públicos. Ya desde antiguo se ha venido señalando que los dos pilares básicos del Derecho administrativo son el principio de legalidad y el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración (Hariou señaló que frente a los privilegios o prebendas de la Administración el instinto popular reclamaba como correctivos que la Administración actúe pero que pague el perjuicio).

Por ello, el principio de responsabilidad patrimonial como causa de la reparación o indemnización de los daños y perjuicios producidos por un acto ilícito o culposo, e incluso por la actividad sin culpa o negligencia, tiene su fuente o raíz en el principio general del Derecho, cual es que cada uno debe responder de sus propios actos.

Dicho principio está recogido en nuestro ordenamiento en los siguientes preceptos.

1.1. Normativa constitucional

En el *artículo 9.3*, donde la CE garantiza, entre otros, el principio de responsabilidad.

En el *artículo 149.1.18 de la CE*, que recoge el sistema general de responsabilidad para todas las administraciones públicas; así lo expresa también el artículo 12.2 de la Ley de proceso autonómico de 1983 al señalar que "también será de aplicación a la Administración de las comunidades autónomas la legislación sobre expropiación forzosa y el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración", y de forma directa o indirecta muchos de los estatutos de autonomía que se remiten a la Administración del Estado en la misma medida que lo hace para la Administración local el artículo 54 de la Ley 7/1985.

En el *artículo 103.1 de la CE*, que dispone: "La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho."

Eficacia y control son los dos pilares constitucionales básicos derivados del artículo 103 y convertir esos principios en fórmulas precisas es labor de la Administración y de los tribunales; sentado, pues, que lo decisivo es la calidad y el servicio, lo que después interesa es que esa Administración sea responsable en el sentido de que pague un precio por los errores y por los daños producidos; precio que en primer lugar, supone la anulación de los actos dañosos y, en segundo lugar, ser condenada a indemnizar si con su actuación ha causado daños a terceros. La responsabilidad como institución debe ser contemplada como un elemento de orden del sistema, un matizado mecanismo para modular la actuación administrativa.

En el *artículo 106.2 de la CE* al señalar que: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos."

Finalmente y como última referencia constitucional aunque no en el ámbito de las administraciones públicas, el artículo 121 de la Constitución consagra la responsabilidad del Estado por los errores judiciales y el funcionamiento anormal de la Administración de justicia.

1.2. Legislación general

En la LEF, artículo 121, y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que en su título X (artículos 139 a 146, ambos inclusive) regula la "responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y de sus autoridades y personal a su servicio"; cuyo artículo 139.1 dispone que "los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derecho, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos".

El sistema implantado en la citada ley es un sistema amplio y progresivo. La Administración responde de toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos que suponga un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado que sea imputable a la Administración, sin referencia alguna a la idea de culpa, siempre que medie entre el hecho determinante del daño y éste una relación de causalidad y se reclame en el plazo de un año, salvo la existencia de fuerza mayor concebida como un evento imprevisible, extraño y ajeno al servicio y probada por la Administración. En palabras del Tribunal Supremo sólo hace falta "una actividad administrativa –por acción u omisión–, un resultado dañoso y una relación de causalidad de causa a efecto entre aquélla y éste, incumbiendo la prueba a quien la reclama".

Dicho título X se encuentra desarrollado reglamentariamente en el Real decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

1.3. Normativa local

Se encuentra regulada en el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, artículo reiterado y matizado luego en los artículos 223 y siguientes del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, que dispone lo siguiente:

"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."

2. Notas características del sistema de responsabilidad patrimonial

Así, nuestro sistema de responsabilidad de las administraciones públicas puede caracterizarse por las siguientes notas:

1) Es un *sistema de Derecho público*.

2) Es un *sistema unitario* en la medida que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la CE resulta de aplicación para todas las administraciones públicas (la estatal, la autonómica, la local y la institucional) tanto si actúan en relaciones de Derecho público como si actúan en relaciones de Derecho privado.

3) Se trata de un *sistema de responsabilidad directa y objetiva* que pivota sobre la idea de lesión, de modo que la Administración cubre directamente y no sólo de manera subsidiaria la actividad dañosa y de sus agentes, sin perjuicios de la acción de regreso cuando aquéllos hubieren incurrido en dolo, culpa o negligencia graves, contemplada en el artículo 145.2 de la Ley 30/1992.

El daño ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o conjunto de personas.

4) Tiene que lograr una reparación integral de todo tipo de daños (materiales y morales) sufridos por las víctimas.

Así ha sido reconocido por el Tribunal Supremo al señalar que se trata de "obtener una reparación integral del daño producido".

5) Pivota sobre el *principio de unidad jurisdiccional* a excepción de la jurisdicción penal en los supuestos de delito cometido por un funcionario público, supuesto en el que por excepción la responsabilidad de la Administración es sólo subsidiaria.

3. Diferencia entre la responsabilidad administrativa y las prestaciones y ayudas de carácter social

Siguiendo a Peces Morato, el significado de las ayudas públicas a determinadas víctimas o perjudicados debe distinguirse del concepto de indemnización en sentido estricto, pues la Administración no puede asumir sustitutoriamente las debidas por el culpable o responsable de un hecho, razón por la que aquéllas solo existen cuando la norma las establece con los criterios de preferencia o moderación que la propia ley señala, de manera que existe una diferencia sustancial entre las indemnizaciones reparatorias y las prestaciones asistenciales, lo que justifica su diferente tratamiento jurídico, y, en concreto, un diverso régimen para los titulares del derecho.

Las ayudas estatales a determinados ciudadanos o colectivos, afectados por ciertas limitaciones o carencias, así como las previstas para las víctimas o perjudicados de algunos hechos (como los delictivos), aunque en los textos legales se denominen indemnizaciones, no pierden su genuino significado de prestaciones basadas en el principio de solidaridad y no en el de responsabilidad, pues, de lo contrario, se desnaturalizaría el sistema jurídico de la reparación, arraigado en los principios de responsabilidad personal y de autonomía de la voluntad, quedando sustituido por otro determinista y de responsabilidad universal, en el que la sociedad asumiría todos los riesgos generados en su seno y la Administración se constituiría en su aseguradora.

No cabe, pues, equiparar la obligación de resarcimiento que pesa sobre el responsable de un hecho, aunque lo sea con carácter objetivo o por el resultado, a la ayuda de quien, sin responsabilidad alguna, asume reparar un daño o perjuicio.

Para fijar esas ayudas o prestaciones de carácter social, el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a las necesidades sociales (sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990 –cuestión 1419/1988).

Mientras que para la concesión de estas ayudas o prestaciones es suficiente acreditar que concurren las circunstancias legalmente previstas, para ser acreedor de una indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración se requiere probar la existencia de un nexo causal entre la actuación administrativa y el resultado dañoso o lesivo producido.

4. La objetivación de la responsabilidad administrativa

Su *justificación,* conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, se asienta en la exigencia de que un ciudadano (administrado) no soporte las consecuencias lesivas o dañosas de la actuación administrativa, que tiene como finalidad el interés general (por todas, sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 14 de octubre de 1994), con significado equivalente a lo que en la doctrina iusprivatista se denominó *socialización de los riesgos*.

El daño ha de ser *imputable* a la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, excluida la fuerza mayor. Debiéndose entender que la expresión "servicios públicos" se está empleando en sentido equivalente a actividad administrativa, por lo que quedan incluidos en el ámbito del sistema los daños imputables a todo tipo de actuación (tanto formal como simplemente material) de la Administración y tanto si dicho daño deriva de la acción personal, identificable y conocida de un empleado público como si trae causa de una acción u omisión anónima o intrínseca al servicio.

Por consiguiente, las administraciones responden tanto si el funcionamiento del servicio público ha sido normal como anormal, si bien el incorrecto funcionamiento de dicho servicio puede incidir, de forma decisiva, en la conclusión sobre la relación de causalidad, o en la apreciación de la antijuridicidad del daño o perjuicio, requisitos ambos para que nazca la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

El daño ha de ser imputable a la Administración.

Sin embargo, la Administración no es responsable de cualquier resultado lesivo o dañoso originado en el transcurso de su actividad sino sólo de aquéllos que sean consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, del servicio público, de modo que la jurisprudencia (sentencia de 27 de julio de 2002 –recurso de casación 4012/1998–) se ha hecho eco de la perturbación que pudiera suponer para la correcta realización y progresiva ampliación de los servicios públicos una interpretación laxa del requisito de nexo causal, pues el principio de solidaridad de riesgos, que late en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas sociales, podría verse frustrado con interpretaciones extensivas del aludido requisito, en dicha sentencia se desestima la reclamación por responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por un menor en una actividad extraescolar. Dicha sentencia señala en el FJ 3 lo siguiente:

"La consecuencia derivada de una interpretación laxa del citado precepto hasta el extremo de convertir a las administraciones públicas en aseguradoras de todos los riesgos sociales, dada la amplitud de los servicios que prestan y de las competencias que ostentan, es la más perturbadora para una correcta realización y progresiva ampliación de tales servicios públicos, pues el principio de solidaridad de riesgos, que late en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas sociales, puede verse frustrado con interpretaciones extensivas del requisito del nexo causal, aunque sea por razones tan atendibles jurídicamente como es la de evitar el desvalimiento de una persona que ha sufrido un grave quebranto en su salud, para lo que, sin embargo, no está concebido el instituto de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas si no concurren los requisitos para declararla y que debe tener amparo por otras vías no menos eficaces, y, en cualquier caso, más justas para paliar un problema siempre que no concurran todos los requisitos legalmente establecidos para que nazca dicha responsabilidad patrimonial por más que ésta sea objetiva o de resultado."

No obstante, si la prestación del servicio genera un riesgo por el modo en que se organiza, se declara por la jurisprudencia la responsabilidad patrimonial de la Administración, como en el caso de las lesiones causadas por funcionarios de policía, francos de servicio, con el arma reglamentaria que portan (sentencia de fecha 8 de febrero de 2005 –recurso de casación 2177/2001–), sentencia en cuyo FJ 5 señala:

"la responsabilidad patrimonial del Estado puede ampliarse a los casos en que la organización y el funcionamiento de los servicios públicos creen situaciones de riesgo cuya realización concreta, aunque individualmente responda a una conducta del agente ajena al servicio, no obstante sea susceptible de imputarse razonablemente a aquél un riesgo específico, grave y peculiar cuyo origen se encuentre en el concreto sistema de organización y funcionamiento del propio servicio que impone la Administración, por considerar que es la opción más acorde con el interés público.

"Conforme a este criterio, lo primero que resalta en el acontecer que concluyó con las lesiones del demandante es que un policía nacional que de madrugada estaba divirtiéndose, fuera portador de su arma reglamentaria, siendo éste, con toda evidencia, el elemento determinante del final luctuoso del suceso. Sin entrar en el examen de la razón de oportunidad que aconseja al Estado organizar a sus cuerpos de seguridad de manera que los miembros pertenecientes a los mismos puedan portar las armas reglamentarias aun cuando estén fuera de servicio, lo cierto es que se trata de un sistema organizativo del que resultan gravísimos riesgos que, por desgracia, no es la primera vez que originan un siniestro mortal.

"Ahora bien, si a pesar de ello el sistema se mantiene, ha de presumirse que se debe a que la Administración entiende que el funcionamiento global del servicio así lo exige y consecuentemente debe de asumir el hacerse cargo de la responsabilidad por los resultados lesivos o dañosos de los hechos en los que concurra como factor esencial la forma en que ha considerado necesario organizar el servicio, porque en definitiva tales resultados serán imputables a su funcionamiento. Como queda indicado, esta circunstancia fue la prevalente en las lesiones del demandante, por lo que sí existe relación de causalidad entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso producido y por tanto el motivo ha de ser desestimado.

"Este criterio fue refrendado por sentencia de esta misma Sala y Sección de treinta y uno de diciembre de dos mil uno, y a él nos acogemos en el presente supuesto para mantener el principio de seguridad jurídica y de unidad de doctrina, tanto más cuanto que en los tres supuestos los hechos son sustancialmente idénticos, es decir, se trata de lesiones causadas a ciudadanos por funcionarios francos de servicio integrantes de los Cuerpos de Seguridad del Estado que portando su arma reglamentaria la utilizan con daño para terceros por circunstancias ajenas a aquél."

5. El nexo causal, elemento clave

El *nexo causal* es el elemento o factor clave para declarar o no una responsabilidad extracontractual por el resultado.

La fijación del nexo causal es una cuestión esencial en el sistema de responsabilidad patrimonial por dos razones. En primer lugar, porque apela a cuestiones filosóficas y a leyes lógicas que, en principio, nada tienen que ver con el Derecho, por lo que resulta necesario fijar un límite que elimine lo que no ha tenido importancia determinante en la producción del resultado dañoso. En segundo lugar, porque la mayoría de los problemas que en los sistemas de responsabilidad subjetiva se analizan al hilo del concepto de culpa o negligencia se condensan en un sistema objetivo de responsabilidad, como el que rige en nuestro ordenamiento jurídico para la Administración.

La causalidad es un tema clave en nuestro sistema de responsabilidad patrimonial ante el que el Tribunal Supremo ha reaccionado basculando entre el rigor y la generosidad, sin una línea completamente uniforme aunque sean más las sentencias que exigen de una manera rigurosa la relación de causalidad. Así, la jurisprudencia tradicional partía de la exigencia de una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva, criterio que se sigue manteniendo en las recientes sentencias del Tribunal Supremo de fechas 22 de octubre, 9 de noviembre y 20 de diciembre de 2004 y 4 de febrero de 2005, si bien dicha doctrina tradicional se rompió bruscamente con un conocido fallo que admitió la causalidad indirecta, mediata y concurrente; se trató de la sentencia de 16 de noviembre de 1974, por la que se condena al Estado a pagar una elevada indemnización por unas noticias difundidas por Televisión Española a raíz de las cuales varios súbditos españoles sufrieron represalias y perjuicios económicos en Guinea Ecuatorial al serles impuestas multas por las autoridades de aquel país.

Entre estas dos posturas extremas –exoneración de la Administración si la causa no es exclusiva e indemnización a cargo de la Administración a pesar de la concurrencia de otras causas–, el Tribunal Supremo ha optado por una postura más matizada, según la cual la concurrencia del hecho de un tercero o de la acción de la víctima no rompen el nexo causal pero modulan, matizan y producen una compensación en la indemnización atendiendo a la prueba practicada pudiéndose llegar a la exoneración de la propia Administración si las causas ajenas son verdaderamente determinantes del daño. La relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido no queda excluida por el hecho de que pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes, sobre todo en los casos de funcionamiento anormal. La coincidencia de concausas modera proporcionalmente la reparación del daño a cargo de la Administración.

Estos planteamientos son resumidos en las STS de 4 de octubre de 1999 y 3 de octubre de 2000, que señalan lo siguiente:

"Como esta Sala ha declarado, entre otras muchas, en la sentencia de 27 de octubre de 1998, el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual debe tomar en consideración que:

"a) Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.

"b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que válidas como son en otros terrenos irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

"c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.

"d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia".

Por último, señalar en relación con la causalidad que el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general y que hay que fijar en cada caso "qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final como presupuesto o *conditio sine qua non*, es decir, como acto o hecho sin el cual resulta inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del precedente, aunque es necesario además que resulte normalmente idóneo para determinar el concreto evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso" (STS de 9 de marzo de 1999 y sentencias de 22 de octubre y 20 de diciembre de 2004 –recursos de casación 6777/2000 y 3999/2001).

6. Prueba del nexo causal

Esta carga pesa sobre el perjudicado reclamante, pero existe el riesgo que el desplazamiento del *onus probandi* conlleva, cuando se hace materialmente imposible para aquél demostrarlo.

Tal carga ha dado pie a la doctrina (López Menudo: "Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso: un paso adelante en la definición del sistema", *Revista Andaluza de Administración Pública*, 36, octubre, noviembre y diciembre de 1999) para indicar certeramente que "el sistema de responsabilidad objetiva que rige para la Administración pública, tan pretendidamente generoso en abstracto por el efecto deslumbrador que a primera vista produce el hecho de basarse en la pura relación causal, tiene la gran asignatura pendiente de afinar lo relativo a la carga de la prueba, porque a veces los pronunciamientos enfatizadores de la generosidad del sistema, que suelen lucir las sentencias de nuestros tribunales contencioso-administrativos, quedan en la nada o en muy poco si todo ello queda rebajado en la práctica con un desplazamiento del *onus probandi*, a veces materialmente imposible".

Por tal razón, el artículo 217.6 de la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, recogiendo la práctica jurisprudencial, ha consagrado el principio *favor probationis*, al establecer que "el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio".

En materia probatoria cualquier generalización resulta peligrosa, cuando no directamente errónea. Cabe afirmar que en la aplicación del sistema de responsabilidad de las administraciones públicas la prueba se convierte, en no pocas ocasiones, en el problema central de las controversias y, a veces, en el problema único y exclusivo.

Ello no obstante, no existe ninguna norma de rango legal que regule específicamente esta cuestión. Las únicas normas que encontramos son de rango reglamentario y de una inanidad prácticamente total. En efecto, el artículo 9 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial se limita a señalar respecto de la práctica de pruebas que en el plazo de treinta días se practicarán cuantas pruebas hubieran sido declaradas pertinentes, el órgano instructor sólo podrá rechazar las pruebas propuestas cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias mediante resolución motivada.

La valoración de las pruebas en la instancia es tan imprescindible como decisiva, pues, si bien es cierto que el artículo 88.3 de la Ley de esta jurisdicción permite la integración de los hechos admitidos como probados por el tribunal de instancia, no autoriza, sin embargo, a apartarse de ellos, habiendo declarado también la doctrina jurisprudencial que, por más que el nexo causal constituya una apreciación jurídica susceptible por ello de ser revisada en casación, se ha de partir de los hechos declarados probados por el tribunal *a quo* (sentencias de 14 de mayo de 1998, 13 de febrero, 13 de marzo, 26 de marzo, 6 de abril, 24 de mayo, 30 de octubre y 27 de diciembre de 1999, 26 de febrero, 9 de mayo de 2000, 22 de diciembre de 2001, 27 de julio, 21 de octubre y 16 de diciembre de 2002, 30 de octubre y 16 de diciembre de 2003, 16 de diciembre de 2004 y 10 de febrero de 2005).

A pesar de que los hechos declarados probados por la sala sentenciadora sirven de base fáctica para discutir en casación si concurre o no el nexo causal, por ser ésta una apreciación jurídica susceptible de ser revisada, sin embargo cabe también en casación discutir la valoración de las pruebas llevada a cabo por el tribunal *a quo* mediante la demostración de que aquélla resulta ilógica o arbitraria y también por haber conculcado los principios generales del Derecho o las reglas sobre la prueba tasada, que en caso de prosperar permite al tribunal de casación apartarse de los hechos declarados probados por aquél (sentencia de 2 de noviembre de 2004 –recurso de casación 6372/2000– y 10 de febrero de 2005 –recurso de casación 1112/2001).

La prueba del nexo causal dando validez a la practicada en otro proceso, en el que la relación de causalidad resultó acreditada, ha sido expresamente admitida en la sentencia de 6 de febrero de 1996 (recurso de apelación 13862/91), que sigue el criterio fijado en las de 24 de diciembre de 1994, 18 de abril de 1995 y 8 de noviembre de 1995, declarando que "el respeto del principio de igual trato en la aplicación de la ley aconseja, a fin de evitar cualquier discriminación, incorporar en los diferentes pleitos, que puedan versar sobre idéntico objeto, el informe o informes periciales emitidos contradictoriamente en los primeros procesos sustanciados para evitar la contradicción con los precedentes que resolvieron litigios entre las mismas partes u otras diferentes en situación equivalente y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones esencialmente iguales, que no pueden conducir, a no ser que se vulnere el derecho a la

igualdad en la aplicación de la ley, a pronunciamientos distintos salvo que se justificase suficientemente el apartamiento de la anterior doctrina en virtud de sólidas razones para ello".

En la citada sentencia de 6 de febrero de 1996, la Sala Tercera del Tribunal Supremo tuvo ocasión de expresar que "el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, protegido por el artículo 14 de la Constitución, relacionado con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que consagra el artículo 9.3 de ésta, y en conexión también con el derecho a la tutela judicial efectiva, contemplado por el artículo 24 de la Constitución, nos obliga a seguir el criterio acogido en la citada sentencia de la Sección Tercera de esta Sala, al no existir razones para apartarnos del mismo, pues el indicado derecho fundamental, como declaramos en nuestras sentencias de 18 de abril de 1995 (recurso de casación 1785/92, fundamento jurídico decimoprimero) y de 8 de noviembre de 1995 (recurso de casación 954/92, fundamento jurídico decimosegundo), siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, entre otras, en sus sentencias 49/1982, 63/1984, 73/1988, 108/1988, 185/1988, 200/1989, 200/1990, 201/1990, 202/1990, 2/1991, 201/1991, 202/1991, 140/1992,71/1993, 90/1993, 160/1993, 246/1993, 269/1993 y 306/1993, significa que un mismo juez o tribunal en el ejercicio de la potestad jurisdiccional no puede modificar el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos".

En esta sentencia, el Tribunal Supremo declara que:

"la infracción de una norma, que impone determinadas obligaciones a los ciudadanos o administrados, conllevará el reproche o sanción que legalmente vengan establecidos al respecto, pero no exonera a la Administración de responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios causados a aquéllos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público, salvo los casos de fuerza mayor o cuando no exista vínculo alguno de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado producido, pues dicha responsabilidad ha sido configurada legal y jurisprudencialmente como una responsabilidad objetiva o por el resultado, en cuyos efectos reparadores podrá tener más o menos trascendencia la propia conducta del perjudicado como concausa del daño producido, hasta, en ocasiones, llegar a romper el exigible y aludido nexo causal con la subsiguiente excusa para la Administración."

7. Responsabilidad patrimonial en materia de incendios. Especial referencia a los incendios forestales

Legislación comunitaria

Existen numerosos reglamentos relativos a la protección comunitaria en materia de incendios:

–Reglamento 805/2002, por el que se modifica el Reglamento 2158/1992, relativo a la protección de los bosques comunitarios contra los incendios.

–Reglamento 1485/2001, de 27 de junio.

–Reglamento 1717/1999, de 28 de julio.

–Reglamento 308/1997, de 17 de febrero.

–Reglamento 2158/1992, de 23 de julio.

–Reglamento 3529/1986, de 17 de noviembre.

Legislación estatal

–Real decreto 1123/2005, de 26 de septiembre, por el que se declara, para incendios acaecidos en diversas comunidades autónomas, la aplicación de las disposiciones contenidas en el RDL 11/2005, de 22 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de incendios forestales.

–Real decreto 949/2005, de 29 de julio, por el que se aprueban medidas en relación con las adoptadas en el RDL 11/2005.

–RDL 11/2005, de 22 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de incendios forestales.

–Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, que deroga la Ley 81/1968, de 5 de diciembre, manteniendo la aplicación de las normas reglamentarias en la medida que no se opongan a las disposiciones de la Ley.

Legislación autonómica de Cataluña

–Decreto 206/2005, de 27 de septiembre, de la Generalitat de Catalunya, de modificación del Decreto 64/1995, de 7 de marzo, por el que se establecen medidas de prevención de incendios forestales.

–Orden 337/2005, de 14 de julio, de la Generalitat de Catalunya, reguladora del contenido, el formato y el soporte informático del informe de verificación de las evaluaciones ambientales y del informe de verificación del documento de evaluación en materia de prevención de incendios.

8. Análisis de la STS de 21 de julio de 2000

Dicha sentencia aborda el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración por incumplimiento de las obligaciones de prevención de incendios forestales.

Los hechos que dan lugar a la pretensión indemnizatoria sostenida por los recurrentes en su recurso tuvieron lugar en el año 1991 al extenderse un incendio forestal originado en Portugal al territorio español. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León desestimó la reclamación, presentando recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

La importancia y trascendencia de esta sentencia es doble; por un lado, porque la responsabilidad patrimonial es exigida de una administración pública a otra, circunstancia que ya fue contemplada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de octubre de 1994, al resolver la cuestión de si se pueden considerar perjudicados otras administraciones públicas distintas de la

causante del daño. El Tribunal Supremo se pronunció en la citada sentencia en sentido favorable a la extensión del precepto, si bien con discrepancia, pues al criterio mayoritario se acompaña un voto particular que, aunque alcanza la misma solución, se sustenta en un fundamento distinto. El criterio del Tribunal Supremo en la citada sentencia "es que los artículos 106.2 de la CE, y el artículo 139 de la Ley 30/1992 deben resultar de aplicación no sólo a los particulares sino también a las administraciones públicas lesionadas por el funcionamiento de los servicios de otra administración pública, realizando una función integradora del ordenamiento jurídico, conforme con el principio de derecho que exige impedir que una persona haya de sufrir en su patrimonio una lesión calificada de antijurídica, que no tenga el deber jurídico de soportar", criterio este que fue admitido por el Consejo de Estado al señalar que la vía de la responsabilidad patrimonial no es exclusiva de los particulares privados, admitiendo la posibilidad de que las entidades públicas puedan también utilizarla, ya que "no hay, en principio una razón general excluyente de que puedan examinarse las reclamaciones de daños deducidos por un Ayuntamiento frente a la Administración Central y depende de caso verificar las circunstancias par admitirlas o desestimarlas" (Dictamen 42/1994, de 28 de abril de 1994, y en el mismo sentido Dictamen 1498/1993, de 7 de abril).

La otra peculiaridad de la sentencia es la materia sobre la que trata, incendios forestales, pues en caso de que el derecho a la indemnización sea reconocido, las consecuencias para las administraciones públicas serían inimaginables dada la proliferación de incendios forestales en nuestro país, sobre todo en las épocas estivales; sin embargo, cabe cuestionarse, como hace el profesor Daniel Entrena Ruiz, de la Universidad Carlos III de Madrid, si ello contribuiría a que los poderes públicos extremaran su celo en la prevención de incendios forestales, y si existe, por parte de los poderes públicos, dejación en los deberes de prevención de los incendios forestales, tema este muy delicado en el que entran en juego diversos factores, políticos, económicos, humanos y jurídicos, así como ecológicos.

En la sentencia que comentamos, las administraciones locales recurrentes siguen para exigir la responsabilidad de la Administración autonómica demandada por los daños provocados por el incendio dos caminos diferentes:

a) Por un lado, el incumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas a través de los consorcios forestales firmados.

b) Por otro lado, la responsabilidad patrimonial o civil extracontractual administrativa.

Alegan en primer lugar incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1101 del Código civil, al sostener que los conciertos firmados con la Junta obligaban a ésta a actuar para prevenir el desastroso resultado que podrían producir los incendios, convirtiéndose de esta manera en garante de la evitación de los resultados y como, sostiene, la Junta ha incumplido sus obligaciones debe responder de los daños económicos producidos por el incendio. Conforme a la teoría del riesgo y la posición de garante, que constituyen los pilares fundamentales de la moderna construcción de la responsabilidad civil por omisión, la Junta de Castilla y León, a entender de los recurrentes, resulta responsable de modo indiscutible.

En segundo lugar, alegan que concurren los requisitos jurisprudencialmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, y el hecho de que la Administración se ajena al origen del incendio no la exime de responsabilidad apoyándose en las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en el caso Hipercor (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1996 y 18 de julio de 1997), sin que queden excluidos los servicios de protección y extinción de incendios, seguridad ciudadana, protección de la salud ni ninguno (STS de 4 de enero de 1991).

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación rebatiendo las argumentaciones de los recurrentes de una manera impecable. Por un lado, y en relación con el incumplimiento alegado de los conciertos celebrados entre los recurrentes y la Administración autonómica demandada, señala en su FJ 3 que:

"Los consorcios para la repoblación forestal concertados entre la Administración competente en *materia* forestal, que ha venido a ser en último término la comunidad autónoma en virtud del proceso de traspaso de competencias del Estado, y los ayuntamientos recurrentes, no son verdaderos consorcios en el sentido del artículo 6.5 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, puesto que no llevan consigo la creación de un organismo interadministrativo con personalidad jurídica encargado de la gestión. Sin embargo, constituyen convenios o acuerdos interadministrativos que no alteran el carácter público de las entidades respectivamente intervinientes ni sus respectivas competencias. No cabe extraer la eficacia de dichos convenios de un contexto de cooperación entre la Administración autonómica y la local, como una concreción o manifestación del deber de auxilio entre las Administraciones públicas, que se concreta en una actuación conjunta o mancomunada para la obtención de los fines propios de su actividad.

"Dicha cooperación va encaminada a facilitar el ejercicio de las competencias de las corporaciones locales sobre explotación, conservación, ordenación y mejora de los montes de su pertenencia (artículo 84.1 y 2 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en *materia* de régimen local) y en *materia* de extinción de *incendios* (artículos 11 y siguientes de la Ley 81/1968), y la de la Administración forestal de la comunidad autó-

noma para la repoblación y regeneración de los montes de su patrimonio o de propiedad privada (artículos 41 y siguientes de la Ley de montes) y prevención de *incendios* (artículo 1 y siguientes de la Ley 81/1968, ya citada). Encuentra su cauce más específico en el apartado 3 del artículo 84 del Texto refundido de las disposiciones vigentes en *materia* de régimen local: 'Si para el cumplimiento de tales fines precisaren aquellas entidades auxilio o colaboración de la Administración del Estado o de la comunidad autónoma, podrán establecerse con éstas o con las entidades públicas que ejerzan sus derechos forestales los acuerdos que crean convenientes'.

"De la existencia de dichos convenios no puede, pues, extraerse la consecuencia que postulan las corporaciones recurrentes, en el sentido de hacer recaer sobre la Administración en este caso autonómica, en la medida en que asume funciones de conservación y guardería forestal, la garantía exclusiva y plena de evitar los *incendios* forestales y del total resarcimiento de sus consecuencias dañosas, pues tal conclusión comportaría el desconocer las competencias de las administraciones respectivas y el sentido de cooperación para la consecución de sus respectivos fines, y no el abandono unilateral de ellos, que los instrumentos establecidos comportan.

"La sentencia recurrida no infringe esta interpretación, pues –en contra de lo que afirman los recurrentes– no entra a analizar si se cumplieron o no las obligaciones establecidas en los consorcios constituidos, sino que se limita a sentar la conclusión de que las obligaciones contraídas como consecuencia de los mismos resultan limitadas y no atribuyen a la Administración forestal con carácter general e incondicionado el deber de resarcir los daños causados por los *incendios* forestales que puedan producirse.

"Cuarto. Alegan los ayuntamientos recurrentes el precedente contenido en la sentencia de esta Sala de 20 de abril de 1991, en la que se apreció la existencia de *responsabilidad* de la Administración forestal como consecuencia del incendio no evitado, fundada, entre otros razonamientos, en la asunción total de la gestión del patrimonio forestal y de las obligaciones de mantenimiento y guardería por aquélla. El criterio sentado en esta sentencia, independientemente de las circunstancias concretas que diferencian la forma en que tuvo lugar el incendio causante de los daños, no es aplicable al caso presente. Allí el consorcio se había constituido con particulares, los cuales quedaban eximidos de la gestión y conservación del patrimonio forestal, mientras que en el presente caso, como ha quedado establecido, se trata de convenios de colaboración entre administraciones, ambas con competencias para la conservación y gestión del patrimonio forestal."

Por otro lado, y en relación con el segundo motivo alegado por los recurrentes, el Tribunal Supremo en el FJ 7 de la sentencia tampoco otorga razón a los recurrentes por cuanto la responsabilidad de la Administración exige, sin perjuicio de su carácter objetivo, un nexo de causalidad y un título de imputación, además de la inexistencia del deber jurídico de soportar el daño, requisitos que no concurren en el supuesto enjuiciado, a entender del Tribunal Supremo. El primero, porque no ha quedado demostrado que el incendio se originara como consecuencia de una falta de prevención, vigilancia o extinción por parte de la Administración, por lo que, al existir dudas, éstas han de resolverse en beneficio de la Administración demandada. El segundo, porque no puede afirmarse que existiera un funcionamiento anormal del servicio de extinción de incendios ni tampoco una responsabilidad por riesgo creado pues el incendio fue producido por la acción de un tercero. El tercero, porque no se puede deducir la responsabilidad de la comunidad autónoma a partir de los consorcios firmados sino que estos deben ser interpretados en sus propios términos, es decir, dentro del contexto de colaboración competencial en que se insertan para combatir los incendios forestales y, por consiguiente, tanto la Junta de Castilla y León como los ayuntamientos recurrentes estaban obligados a soportar las consecuencias desfavorables del suceso.

La responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de medio ambiente es un tema de gran interés y de completa actualidad por cuanto está en juego un bien de especial relevancia constitucional que no tiene propietario definido siempre de tal forma que entran en juego los intereses difusos. En el caso de la sentencia de 11 de julio de 2000 la pretensión de responsabilidad patrimonial ejercitada es desestimada por cuanto no existe nexo causal ni título de imputación, existiendo en el caso el deber de soportar el daño debido a los convenios o consorcios existentes entre las partes enfrentadas.

Cabe preguntarse cuál hubiera sido la solución caso de que el consorcio se hubiera desarrollado al amparo del artículo 6.5 de la Ley 30/1992, es decir, creando un ente con personalidad jurídica propia. En teoría, en este supuesto, los ayuntamientos no tendrían el deber jurídico de soportar los daños porque aunque el consorcio no supone la cesión de la titularidad de la competencia sino solo de su gestión, no podría ser trasladada la doctrina del Tribunal Supremo establecida en la citada sentencia.

En relación con esta materia, resta por último reseñar la legislación vigente contenida en la Ley de montes, Ley 43/2003, de 21 de noviembre.

No cabe duda de que la acción más eficaz contra los incendios forestales es la de evitar que se produzcan, concienciando a la sociedad con una cultura ambiental que evite los riesgos que se derivan de las conductas humanas que ocasionan la mayoría de los incendios forestales, debiendo insistirse, no obstante, en una política preventiva más que en una política restrictiva.

La nueva Ley de montes no ha cubierto la necesidad existente en nuestro ordenamiento de reajuste normativo basado en mecanismos de cooperación entre el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales de cara a la prevención y extinción de los incendios forestales. Se ha desaprovechado la ocasión para integrar en una única normativa la regulación sobre los incendios forestales, como la incorporación al texto legal de las normas sobre protección civil que quedan vigentes de forma separada, también deja de lado la intervención de las administraciones locales en la prevención y extinción de los incendios forestales, ya que hubiera sido deseable una mayor intervención de las entidades locales, dado que en la actualidad prácticamente carecen de competencias sobre la materia cuando son las que, ocurrido un incendio, primero podrían organizar una intervención sobre el terreno afectado. Sigue pendiente una verdadera política nacional de prevención de los incendios forestales, así como una actuación política clara y decidida en la lucha contra los incendios forestales fomentando las medidas de colaboración entre las comunidades autónomas y las corporaciones locales.

9. Otras sentencias en materia de incendios

Interesa destacar en esta materia la sentencia dictada por el *Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Primera) de fecha 8 de febrero de 2005,* en la que se declara la responsabilidad patrimonial de la Administración al señalar el Tribunal Superior de Justicia que el trabajador no debe soportar situaciones de riesgo más allá de las precisas sin que a ello obste lo dispuesto en los artículos 13 y 37 de la Ley 5/1994, de 4 de mayo, de servicios de prevención y extinción de incendios y salvamento, señalando la sentencia "que habiéndose ordenado a las víctimas una actuación de la que resultó su fallecimiento, no exigida par un adecuado cumplimiento de sus misiones y que les exponía a una previsible situación de graves daños, se han de considerar antijurídicos los mismos en cuanto no tenían obligación de soportarlos y relacionados con el actuar de la Administración en cuanto que tal situación tuvo su origen en el cumplimiento de órdenes dadas por personas cuya autoridad no ha sido cuestionada".

–*STS de 29 de junio de 2002*, responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados con ocasión del incendio de la discoteca Flyn de Zaragoza, el Tribunal Supremo desestima la petición de resarcimiento recogiendo la doctrina a que antes nos hemos referido sobre la valoración de la prueba en el recurso de casación, así como la vinculación de los hechos probados en proceso penal precedente.

Señala el Tribunal Supremo lo siguiente:

"Aunque esta Sala del Tribunal Supremo haya declarado que la responsabilidad patrimonial de la Administración puede anudarse a sus omisiones o inactividad (sentencias de 18 de octubre y 27 de noviembre de 1993, 4 de junio de 1994, 30 de abril, 31 de julio, 26 de octubre y 12 de noviembre de 1996, 25 de enero de 1997 y 15 de junio de 2002 (recurso de casación 453/1997), sin embargo es imprescindible que entre esas omisiones o inactividad y el daño producido exista nexo causal, el cual, si bien puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes (sentencias de 25 de enero, 26 de abril y 16 de diciembre de 1997, 28 de febrero y 24 de marzo de 1998, 13 de marzo de 1999, 26 de febrero y 15 de abril de 2000, 21 de julio de 2001 y 18 de mayo de 2002), no se manifiesta ahora en cualquiera de ellas, como declaró la jurisdicción penal en la sentencia que enjuició la posible responsabilidad por el incendio de la discoteca, a cuyas conclusiones fácticas está vinculada esta Jurisdicción, como hemos declarado, entre otras, en nuestra sentencia de 10 de junio de 2000 (recurso de casación 919/1996, fundamentos jurídicos quinto y sexto), transcribiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, plasmada en sus sentencias 77/1983, 67/1984, 58/1988, 207/1989, 189/1990, 171/1991 y 182/1994, según la cual 'los principios de igualdad jurídica y de legalidad en materia procesal (artículos 9.3 y 173.3 de la Constitución) vedan a los jueces y tribunales, fuera de los casos previstos por la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiese reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme en cualquier circunstancia, cuyo efecto no sólo se produce con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro en supuestos en que concurran las identidades propias de la cosa juzgada, sino que también se da cuando se desconoce lo resuelto por sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una estricta dependencia aunque no sea posible apreciar el efecto recogido en el artículo 1252 del Código civil, ya que no se trata de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada, que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores ni reducir a la nada la propia eficacia de aquélla'.

"Sigue afirmando el Tribunal Constitucional en esas sentencias que la intangibilidad de lo decidido 'en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos, es un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial tal como se consagra en el artículo 24.1 de la Constitución, de tal suerte que éste es también desconocido cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto'. Si bien la

relación de causalidad es una apreciación jurídica susceptible de ser revisada en casación (sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1998, 13 de febrero, 13 de marzo, 26 de marzo, 6 de abril, 24 de mayo, 30 de octubre y 27 de diciembre de 1999, 26 de febrero y 9 de mayo de 2000, 22 de diciembre de 2001 y 18 de mayo de 2002), no cabe apartarse de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, que, a su vez, se ha limitado, como era procedente, a reproducir las declaraciones y apreciaciones de la sentencia pronunciada por la jurisdicción penal, para quien la falta de revisiones ninguna incidencia tuvo en la producción del fuego, y, por consiguiente, no es posible establecer relación de causalidad alguna entre las omisiones, en que hubieran podido incurrir ambas Administraciones demandadas, y los efectos trágicos y devastadores del fuego, lo que conduce necesariamente a la desestimación de las acciones ejercitadas por los recurrentes."

–*STS de 22 de diciembre de 2004*, que estima la pretensión de responsabilidad patrimonial del Estado por prácticas de tiro, señalando el Tribunal Supremo que:

"En el caso que enjuiciamos, el Tribunal *a quo* deniega la indemnización solicitada respecto de los daños causados en la producción y recursos micológicos o agrícolas, de setas y productos de leñas, por considerar que el demandante no sólo no acredita perjuicio alguno respecto de estas partidas indemnizatorias que reclama, sino que tampoco consta en autos que sea titular de colmena alguna y los daños por los productos de las leñas se incluyen por la resolución impugnada en la partida relativa a las masas forestales, con y sin aprovechamiento maderero.

"La impugnación de estas partidas, y consiguientemente el motivo de casación sobre las que se invoca debe ser desestimado, pues la técnica casacional aleja de este recurso la apreciación de los hechos debatidos y la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia para declarar aquellos probados, salvo que se alegue, como motivo, que aquél incurrió al hacerlo en infracción de normas o jurisprudencia reguladoras de una concreta y determinada prueba.

"Por el contrario, no compartimos el criterio del juzgador de instancia cuando excluye, por considerar que no estamos ante un 'daño efectivo', en los términos exigidos en el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, parte de la indemnización solicitada por los daños ocasionados en la actividad cinegética, pues por 'daño efectivo' hay que entender daño cierto ya producido, no simplemente posible, contingente o futuro, y aquí, en el supuesto que analizamos, al finalizar el contrato de arrendamiento del coto LE-10.811, adjudicado a la sociedad deportiva Peña de Caza empleados de Caja de España, persistía en un año la veda de caza acordada por la Junta de Castilla y León para los terrenos afectados por el incendio, por lo que la entidad local recurrente propietaria del coto y a consecuencia de tal prohibición se vio privada para celebrar un posterior contrato para su adjudicación, por lo que procede en este particular estimar el motivo de casación invocado."

–*STS 19 de enero de 2005*, estimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial por daños ocasionados en masas forestales de titularidad de la entidad recurrente, admitiendo el Tribunal Supremo que los daños sobre pérdida de aprovechamientos micológicos y leñas, reconocidos por la sentencia de instancia como indemnizables, reúnen el carácter de efectivos y son evaluables económicamente.

–*STS de 1 de diciembre de 2003,* en la que se declara la responsabilidad de la Administración en la destrucción de la obra de un artista con ocasión de una exposición en una universidad al tener lugar un incendio en el taller elegido para enmarcar las pinturas.

El Tribunal Supremo señala en este caso que:

"se ha causado al señor […] un daño real y efectivo y evaluable económicamente no cabe duda. La obra perdida había sido puesta a disposición de la Universidad y se ha perdido en un incendio producido en un taller de Vigo al que los dibujos fueron trasladados para ser enmarcados...

"El daño es imputable a la Universidad de Santiago de Compostela donde bajo su custodia se hallaba la obra cedida temporal y gratuitamente por el autor con destino a la exposición que lleva su nombre, ya que el incendio es puramente fortuito, sin que concurra fuerza mayor que le exonere de esa responsabilidad.

"Como la Universidad parece que en su escrito de alegaciones de oposición plantea el problema de una posible corresponsabilidad, de manera que el autor no quedaría exento de responsabilidad, y como incluso llega a negar que pueda haber responsabilidad de ningún tipo para ella misma, bueno es recordar que esta segunda cuestión entra en contradicción con las actuaciones que llevan a cabo los órganos rectores de la Universidad por ver de llegar a un acuerdo amistoso."

–*STS de 24 de octubre de 2000*, reclamación de responsabilidad patrimonial por daños causados en incendio en un almacén propiedad de los recurrentes, falta del nexo de casualidad entre la actuación de la Administración; carencia en el municipio del servicio de bomberos. ■

ESTUDIOS

QDL

Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños sufridos en la vía pública

1. Planteamiento.
1.1. La eclosión de la responsabilidad patrimonial. 1.2. La crisis de la responsabilidad patrimonial.
2. El deber jurídico de soportar.
2.1. El título de imputación del deber de soportar. 2.2. La posibilidad de establecer el deber de soportar por despliegue normativo.
3. La relación de causalidad.
3.1. Alcance del concepto de servicio público. Los estándares de servicio. 3.2. Causa adecuada y causa eficiente. 3.3. Intervención del afectado o de tercero en la producción del daño. 3.4. El nexo causal respecto de las situaciones de omisión administrativa o *culpa in vigilando*.

Eduard Paricio Rallo
Magistrado

1. Planteamiento

1.1. La eclosión de la responsabilidad patrimonial

La responsabilidad patrimonial es, sin duda, un aspecto emergente en el funcionamiento de las administraciones públicas en general y de las administraciones locales en particular. Probablemente estamos ante un cambio histórico de paradigma. En efecto, en su formación contemporánea la Administración pública alcanzó primero una función esencialmente limitada a la actividad de policía, de acuerdo con la lógica liberal del siglo XIX. Este perfil de actuación cambió sustancialmente durante la primera mitad del siglo XX, simultáneamente con la introducción de la idea del Estado del bienestar y el reconocimiento constitucional de derechos de contenido social. La necesidad de atender y satisfacer estos derechos dio lugar a la generalización de una actividad de servicio público que caracterizó a la Administración pública hasta finales de siglo. Pues bien, ahora se puede constatar que a los anteriores perfiles de actuación –la actividad de policía y la actividad masiva de servicio público– se añade significativamente una actividad providencial, de cobertura del riesgo vital de los ciudadanos. A esta situación lleva la formulación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas de forma global y en unos términos extraordinariamente generales; una concepción que la jurisprudencia ha extendido más todavía a toda actuación u omisión administrativa, más allá del concepto de servicio público en sentido estricto. Aparte, este régimen jurídico se proyecta con carácter homogéneo por todos los ramos de la actuación administrativa. Una responsabilidad objetivada, que resulta independiente de la corrección o incorrección de la actuación administrativa a la que se imputa la responsabilidad.

Este planteamiento tan abierto está modificando sustancialmente el paradigma de la Administración pública, una administración que pierde peso respecto al sector privado en la prestación de los servicios públicos y en cambio asume de forma creciente la función social de amparo del individuo frente a los riesgos, que alcanza una función aseguradora.

En efecto, la responsabilidad administrativa queda regulada en sus aspectos sustantivos en dos únicos preceptos de la Ley 30/1992, preceptos que se proyectan sin excepción ni matices sobre cualquier actividad de cualquier administración u organismo público, sin diferencias. Por lo tanto, un régimen de gran alcance, tanto por su extensión a todo el sector público como por su intensidad. Si a esta situación se añade el hecho de que la actividad administrativa se ha extendido imparablemente en todas las direcciones, es decir, si se tiene en cuenta el intervencionismo progresivo sobre la actividad privada, el resultado es que no resulta nada difícil conectar cualquier daño particular con una actividad o una omisión administrativa, y consiguientemente imputar el daño a la Administración correspondiente.

Cabe remarcar un segundo efecto derivado de la generalidad con la que ha quedado concebida la responsabilidad administrativa, y es que si la legislación no define con un cierto grado de detalle las condiciones y los límites de la responsabilidad de las administraciones públicas, acaba correspondiendo a la jurisprudencia completar el régimen jurídico de esta institución. Y el caso es que los órganos judiciales no tienen la legitimación democrática para afrontar una cuestión de esta trascendencia general. Por otro lado, la jurisprudencia se plantea la cuestión caso a caso, sin la necesaria perspectiva general.

El caso es que la responsabilidad patrimonial aplicada a la actividad municipal en general y a los daños a la vía pública en particular está alcanzando una dimensión muy notable. El crecimiento de reclamaciones ha sido exponencial en los últimos años, y paralelamente han crecido las indemnizaciones reconocidas por los tribunales. Por otro lado, y como se puede apreciar en la jurisprudencia que más adelante se cita, se está estableciendo la responsabilidad municipal respecto de una gran variedad de daños, desde el accidente derivado de un desperfecto ocasionado por el uso de la vía pública, hasta el provocado por las características inherentes a la señalización o al mobiliario; desde los daños provocados por un problema de mantenimiento, hasta los daños ocasionados por terceras personas, incluso por la negligencia del afectado. El resultado es una responsabilidad que considerada en su conjunto desborda claramente el límite de lo razonable y de lo sostenible.

La Administración ha pasado desde una situación de irresponsabilidad anterior a los años cincuenta, a una situación de responsabilidad ilimitada a partir de la Ley de expropiación forzosa que, por primera vez, traslada el título de imputación desde la actuación antijurídica al resultado antijurídico, y formula el principio de responsabilidad desde una perspectiva plenamente objetiva. Una responsabilidad que se intensifica particularmente a partir de los años setenta, cuando la jurisprudencia aplica ya plenamente y hasta las últimas consecuencias la doctrina de la responsabilidad objetiva incluso por funcionamiento normal.

Este planteamiento ha sido esencialmente mantenido en la Ley 30/1992, incluso ampliado por la Ley 4/1999 a la responsabilidad contraída en actuaciones de derechos privados. El resultado supera ampliamente la concepción de la responsabilidad de las administraciones públicas en los países europeos de referencia, donde esta institución está más matizada.

En términos generales, es este planteamiento el que quedó incorporado a la Constitución española, artículo 106 ("los particulares, en los términos establecidos por

la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"). Ahora bien, este planteamiento constitucional no impone necesariamente un modelo de responsabilidad patrimonial de alcance tan amplio como el que tenemos en estos momentos.

El resultado es un régimen de responsabilidad patrimonial que sólo resulta sostenible si son una minoría de los perjudicados los que reclaman la indemnización de los daños que han sufrido relacionados directa o indirectamente con una actuación u omisión administrativa. Mantener una garantía de responsabilidad patrimonial pública en todos los frentes de la actividad administrativa con la intensidad que ahora mismo impone la jurisprudencia es, sin duda, insostenible desde la perspectiva presupuestaria. No podemos dotarnos del sistema de responsabilidad patrimonial más avanzado de Europa sin preguntarnos también cómo se financia este sistema.

1.2. La crisis de la responsabilidad patrimonial

El propio crecimiento de la institución de la responsabilidad patrimonial general ha provocado su crisis, una crisis que no es exclusiva de la responsabilidad propia de las administraciones públicas sino que afecta también al proceso de objetivación de la responsabilidad civil. En efecto, también en el ámbito civil se ha ido abriendo paso una responsabilidad objetivada paralela a la tradicional responsabilidad aquiliana por culpa del artículo 1902 del Código civil. En este caso, la objetivación se produjo a partir de la teoría del riesgo, según la cual quien genera el riesgo debe responder de los daños ocasionados por su causa. Éste ha sido un criterio que se ha generalizado en sectores como los transportes o las industrias peligrosas, y ha tenido su punto álgido en los años setenta impulsado por la idea de socializar el riesgo. Pues bien, a pesar de su expansión inicial, esta modalidad de responsabilidad objetivada ha quedado estancada, y la responsabilidad por culpa no sólo no ha desaparecido sino que ha recuperado plenamente su tradicional vitalidad.

Precisamente esta teoría del riesgo ha sido uno de los argumentos que a menudo ha utilizado la jurisprudencia administrativa para fundamentar la imputación de responsabilidades a la Administración; por ejemplo, en los casos de daños ocasionados con motivo del uso de armas de fuego por parte de los agentes de la policía actuando fuera de servicio. Sin embargo, en la aplicación en el ámbito administrativo de la teoría del riesgo no se ha valorado el que esta teoría se fundamenta en la existencia de un beneficio que aprovecha el causante del riesgo, lo que justifica que el beneficiario cargue también con el daño que causa (*"ubi emolumentum, ibi onus"*). Pero esta lógica no se puede extrapolar sin más al ámbito público, pues la Administración no genera el riesgo para obtener un beneficio particular sino precisamente al prestar unos servicios a los ciudadanos.

Este estado de cosas ha hecho que en el ámbito administrativo se haya ido extendiendo una posición crítica de la doctrina, especialmente a partir de la crítica de Fernando Pantaleón a una sentencia del año 1991 que declaró la responsabilidad de la Administración sanitaria aunque se hubiera acreditado la correcta actuación de servicio y de los médicos en el caso. Unas críticas que se han acentuado a partir de los estudios de Oriol Mir Puigpelat. El caso analizado por Pantaleón es paradigmático de la genuina doctrina de la responsabilidad patrimonial que tan orgullosa tenía por aquel entonces a la doctrina y a la jurisprudencia. El Tribunal Supremo afirma en la sentencia de 14 de junio de 1991 lo siguiente:

"Se culmina así una evolución normativa acorde con la calificación de Estado social, democrático y de derecho que tiene el Estado español, en el que la actividad prestacional y asistencial de la Administración obra un papel relevante, como se desprende, a nivel de principios, del capítulo III del título I de la Constitución y, en especial, por lo que aquí respecta, en el artículo 43, en donde se reconoce el derecho a la salud, siendo competencia de los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Se consigue con ello, además de la universal responsabilidad de la Administración pública, en los términos fijados por la Ley, una generalización de los servicios públicos como potenciales factores de riesgo que, en la prestación de un servicio concreto a los administrados, pueden provocar una lesión de su persona o de sus bienes patrimoniales. Lesión que, cuando sea efectiva, evaluable e individualizada, deberá ser objeto de indemnización siempre que se pueda establecer un vínculo de causalidad entre el agente público y el resultado lesivo, y no estemos en presencia de un caso de fuerza mayor, única circunstancia exonerante de ese deber general de responsabilidad que incumbe a los servicios públicos."

Señala Pantaleón con una lógica abrumadora que si el hospital donde se intervino a la afectada hubiese sido un hospital privado, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no hubiese dudado en absolver de responsabilidad al propietario del hospital o a los médicos, y concluye que el reconocimiento de la responsabilidad por el mero hecho de que el hospital era público y la atención médica gratuita es el mejor argumento para los enemigos de la sanidad pública. Pantaleón acaba constatando que no hay base jurídica para sostener que todo daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar haya de ser indemnizado.

En esta misma línea, Ahumada Ramos plantea que la responsabilidad no se debería establecer a partir del nexo causal entre una acción material y el daño consiguiente, sino esencialmente entre un comportamiento y un derecho que resulta lesionado.

En definitiva, la cuestión es por qué si un ciudadano resbala en la ducha no tiene derecho a pedir ninguna indemnización, y si resbala en el paso de peatones exactamente con la misma falta de diligencia sí que le asiste al derecho a que la Administración le pague los daños, como declara la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 456/2002, de 4 de abril (Ar Jur 205927).

No es extraño, pues, que la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública comience a recibir críticas serias; que sea cuestionada por la excesiva simplicidad con la que ha sido concebida, por la generalidad y homogeneidad de su formulación. Se plantea la necesidad de matizar el régimen y alcance de la responsabilidad, especialmente en lo que respecta a la delimitación clara entre la responsabilidad patrimonial, la institución de la expropiación forzosa y las situaciones de delimitación de derechos de los ciudadanos.

En este sentido, la doctrina mencionada propone dejar la responsabilidad patrimonial para los supuestos de funcionamiento anormal de los servicios públicos o para los supuestos puntuales de responsabilidad por riesgo legalmente establecidos. Al mismo tiempo, en el caso de los daños derivados colateralmente de una actuación lícita y normal de la Administración, debería corresponder el régimen de expropiación forzosa o la compensación por daños casi expropiatorios, cuando estos daños representen un sacrificio especial para el afectado y tengan al objetivo de satisfacer el interés público. Este sería, por ejemplo, el caso de los daños a establecimientos derivados del cierre de la vía pública para efectuar obras, o el caso del daño a un inmueble por parte de los bomberos para acceder al fuego de un inmueble. Ambas actuaciones legítimas, orientadas a la consecución del interés público, que, sin embargo, originan daños colaterales. La aplicación del régimen de expropiación forzosa permitiría, por ejemplo, traspasar el coste de la indemnización al beneficiario de la actuación casi expropiatoria.

El otro grupo de situaciones que cabe distinguir de la responsabilidad patrimonial son las situaciones de delimitación de derechos preexistentes de los ciudadanos, como el adelantamiento de la edad de jubilación o la publificación de las aguas privadas efectuada por la Ley de aguas, una limitación de carácter general, mientras que en el caso expropiatorio la limitación es singular, como establece ahora mismo la Ley de expropiación forzosa. En el caso de la delimitación general de derechos, no debería corresponder indemnización, porque o bien la limitación es constitucional e impone correctamente el deber jurídico de soportar, o bien resulta inconstitucional por violar el contenido esencial del derecho de propiedad, de igualdad u otros, en cuyo caso hay que revocar la norma en cuestión.

La reciente evolución de la jurisprudencia ha ido matizando en algunos casos el alcance de la responsabilidad por funcionamiento normal. Más adelante se verá que así ha sucedido en general respecto de las responsabilidades por omisión administrativa, supuestos en los que la responsabilidad queda normalmente limitada a los supuestos en los que la omisión se puede calificar como culposa o ilegítima, pero no en los supuestos de omisiones legítimas, omisiones que constituyen funcionamiento normal de la Administración.

Esta situación se produce de forma muy singular en el ámbito de la asistencia sanitaria, en el que se ha limitado radicalmente el alcance de la responsabilidad patrimonial a las situaciones de funcionamiento anormal. En efecto, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha tomado pie en la jurisprudencia civil para determinar que la asistencia sanitaria es un servicio de medios, no de resultados, de forma que no se puede garantizar la curación del usuario ni la Administración debe asumir los daños correspondientes.

En el ámbito sanitario se ha admitido plenamente que el afectado tiene el deber de soportar los daños que su propio estado de salud le ocasione, aunque este deber no quede establecido en una norma jurídica específica. La Administración solamente es responsable de proporcionar unos medios determinados, una atención suficiente; y la responsabilidad administrativa tan sólo surge cuando la atención prestada no se ajusta a los estándares exigibles, es decir, cuando la atención no es la que la *lex artis* impone. Ciertamente, este planteamiento no queda exento de problemas, porque el juicio sobre la suficiencia de la atención prestada queda remitido bien a una inconcreta opinión general profesional –probablemente sensible al corporativismo–, bien a unos protocolos de intervención que a menudo fijan instituciones desconocidas de países ajenos. Ahora bien, claro está que ni sería razonable ni resultaría económicamente sostenible aplicar al ámbito sanitario el régimen general de responsabilidad patrimonial.

Cabe añadir una última reflexión sobre el crecimiento desmesurado de la responsabilidad patrimonial. Se ha considerado que el régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es la cláusula de cierre en la configuración constitucional del Estado social y democrático de derecho, del Estado del bienestar. Ahora bien, es obvio que la responsabilidad queda íntimamente ligada a la libertad; en general, la responsabilidad es consecuencia de la libertad, y la alienación a los poderes públicos de la responsabilidad de lo que sucede a un ciudadano puede tener un coste,

ya que es normal que la Administración se sienta legitimada para intervenir más intensamente en la vida de los ciudadanos. En otras palabras, si la Administración debe cargar con las consecuencias de una caída en la vía pública, será difícil negarle la potestad de regular qué calzado deben utilizar los ciudadanos al salir a la calle.

2. El deber jurídico de soportar

Uno de los aspectos determinantes en el régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es la delimitación del deber jurídico de soportar que afecta al ciudadano que ha sufrido el daño. En efecto, según se ha visto, el artículo 141 de la Ley 30/1992 refiere el derecho de indemnización a las lesiones que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar. Así pues, la primera cuestión está en determinar en cada caso si existe o no el deber del ciudadano de asumir el daño que eventualmente haya sufrido, y en este punto se plantea cuál es o cuáles pueden ser los títulos de imputación del deber de soportar.

2.1. El título de imputación del deber de soportar

Pues bien, la jurisprudencia ha establecido en primer lugar que el título de imputación del deber de soportar el daño debe existir necesariamente, de forma que sin título no se puede pretender que el afectado soporte el daño si éste tiene alguna vinculación con la Administración pública.

Desde luego, que el deber jurídico de soportar puede quedar imputado al ciudadano por una ley, o por su grupo normativo (STS de 16 de diciembre de 1999), siempre que se trate de una carga general. De esta forma, se admite que no hay una reserva de ley formal en este punto. Ahora bien, también se admiten otros títulos de imputación del deber de soportar el daño, como la existencia de un contrato previo, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme (STS de 14 de febrero de 2006). La jurisprudencia ya ha entendido que el deber jurídico de soportar aparece también cuando es el lesionado quien se coloca en una situación de riesgo (STS de 22 de abril de 1994). Finalmente, se excluye también la antijuridicidad cuando la Administración actúa en el marco de sus facultades normativas de innovación del ordenamiento jurídico o de autoorganización de los servicios públicos, es decir, respecto de los daños que se puedan derivar de la modificación legitima del marco legal (STS de 27 de junio de 1997).

Un caso especial es el que se plantea respecto de la responsabilidad con ocasión del ejercicio de potestades discrecionales por parte de la Administración. La STS de 14 de febrero de 2006 admite que en estos casos el legislador ha querido conceder unos márgenes de apreciación a la Administración, de forma que el particular deberá soportar el daño provocado por el ejercicio de esta facultad discrecional siempre que quede dentro de unos límites razonables y razonados, y lo mismo sucede en las situaciones en las que hay que admitir un margen de apreciación a la Administración pública, como en la concreción de conceptos jurídicos indeterminados. En estos casos, entiende la jurisprudencia que también hay que admitir el deber jurídico de soportar por parte del ciudadano.

Así pues, hace falta un título jurídico que impute específicamente al afectado el deber de soportar el daño, un título que ciertamente puede provenir de fuentes muy diversas. Sin embargo, hace falta un título, y el caso es que no hay en nuestro ordenamiento jurídico cláusulas generales que imputen al particular los daños derivados del ejercicio de la propia libertad o los daños ocasionados con negligencia de la misma víctima. En ninguna parte se establece de forma expresa que el peatón está obligado a algo tan elemental como a ser consciente de sus actos, a atender a su deambulación, a mirar por donde camina y qué es lo que pisa; de forma que con independencia del efecto que la propia negligencia o la asunción de riesgos pueda tener para romper o matizar el nexo causal, no hay un deber general de diligencia que se proyecte sobre el deber jurídico de soportar el daño derivado de la distracción.

El deber de diligencia es tan obvio que nunca ha sido necesario explicitarlo en el ordenamiento jurídico. No hay ninguna norma en estos momentos que introduzca un deber general de prudencia respecto a uno mismo. No obstante, la cláusula general de diligencia se podría extraer del mismo planteamiento del Código civil, porque si el artículo 1902 imputa a quien causa un daño por negligencia el deber jurídico de soportar sus consecuencias, este deber se debería pedir con tanta o más razón cuando es el mismo peatón perjudicado quien causa el daño. Del artículo 1902 se puede desprender un deber general de diligencia que se debe proyectar tanto en la relación con terceros como en la relación con uno mismo. Una diligencia que es la que correspondería a un buen padre de familia en la expresión de nuestro Código civil, o la que correspondería a una persona razonable, en expresión del ordenamiento británico.

En otro orden de cosas, es lógico que el ciudadano que disfruta y aprovecha la vía pública soporte al mismo tiempo los defectos o la degradación natural que se pueda derivar precisamente del uso colectivo, incluso las molestias y perjuicios derivados de las obras de reparación cuando sean necesarias en beneficio del peatón *iure naturali ad quem spectat rei commodum spectare debet danmum*.

2.2. La posibilidad de establecer el deber de soportar por despliegue normativo

Así pues, uno de los problemas que tenemos en la configuración de la responsabilidad patrimonial consiste en la generalidad y parcidad de su regulación sustantiva. Ciertamente, la regulación de la responsabilidad patrimonial corresponde a la competencia del Estado, según se dispone en el artículo 149.1.18 de la Constitución española, lo que dificulta la posibilidad de despliegue normativo de la institución de la responsabilidad como tal por las comunidades autónomas y de las administraciones locales. Ahora bien, no cabe duda de que en la normativa reguladora del servicio público o la referida al uso de los bienes e instalaciones, el ayuntamiento puede introducir normas de comportamiento determinadas, y puede definir también cuál es el alcance del servicio en cuestión, de forma que los daños que se produzcan fuera de esta delimitación del servicio queden también fuera de la responsabilidad del ayuntamiento. En este sentido, se puede pensar en introducir en la normativa local una cláusula general de prudencia y precaución de los ciudadanos en la utilización de los bienes e instalaciones, también el deber de soportar los riesgos inherentes a esta utilización y, como se verá más adelante, el deber de soportar los daños derivados del servicio público si éste se ha prestado dentro de los estándares establecidos o, subsidiariamente, los que sean razonablemente exigibles.

En definitiva, se trata de introducir normativamente el deber de diligencia y atención que el ciudadano debe desplegar en la utilización de la vía pública y sus instalaciones, ya sea en términos generales en una ordenanza de vía pública o de convivencia ciudadana, ya sea en términos específicos con ocasión de la regulación de los diversos servicios o actividades públicas. Se ha visto cómo la jurisprudencia admite que el deber jurídico de soportar sea introducido por la normativa siempre que este deber se establezca con carácter general por el común de los ciudadanos o de los usuarios, y se ha visto también que no hay una exigencia específica de rango formal en este punto, de forma que es razonable que si el comportamiento de los ciudadanos en la vía pública se regula en una ordenanza, en la misma ordenanza se establezca el alcance del deber jurídico de soportar los daños que se sufran con ocasión de su estancia en la vía pública o del uso que haga de las instalaciones.

Hay que poner de relieve que determinadas regulaciones sectoriales incorporan efectivamente el deber general de prudencia, como la de tráfico y seguridad vial. En efecto, la normativa de tráfico establece el deber de los usuarios de circular con un margen de prudencia suficiente como para prever los eventuales desperfectos de la calzada causados por su desgaste y uso ordinario (artículos 9.2, 11.2 y 19.1 de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial aprobada por el Real decreto legislativo 339/1990, y artículo 45 del Código de la circulación). Dicho de otro modo, el límite de velocidad exigible al conductor no es necesariamente el que se establece con carácter general para la vía en cuestión, sino la que exija una conducción prudente dado el estado de la calzada. He aquí una cláusula general de prudencia que puede justificar el deber jurídico de soportar los daños causados por desperfectos en la carretera cuando estos sean razonablemente perceptibles.

3. La relación de causalidad

La causalidad, es decir, el establecimiento de una relación causa-efecto entre un daño determinado y la actuación administrativa, constituye el título de imputación de la responsabilidad a la Administración. Éste es el único título de imputación previsto en la Ley. Ahora bien, la jurisprudencia complementa en ocasiones la causalidad con otros argumentos como la doctrina del riesgo, según la cual la responsabilidad corresponde a quien genera el riesgo, o la doctrina del enriquecimiento injusto, o la idea de socialización de un riesgo que favorece a la sociedad (STS 14 de febrero de 1998). Doctrinas o argumentos que se utilizan paralelamente para imputar el daño a la Administración.

Con respecto a la responsabilidad por riesgo, la doctrina más reciente (Oriol Mir Puigpelat) propone un método para determinar cuáles deberían ser en todo caso los riesgos que pueden comportar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. En este sentido, se entiende que no procede la responsabilidad en los siguientes casos:

–Cuando el riesgo sea insignificante,

–cuando la intervención de la Administración disminuye un riesgo anterior,

–debe tratarse de un riesgo no permitido (riesgo no afrontable según el estado de la ciencia),

–ni tampoco consentido (consentimiento informado).

3.1. Alcance del concepto de servicio público. Los estándares de servicio

El artículo 139 de la Ley 30/1992 condiciona la responsabilidad administrativa a la relación de causalidad entre el daño antijurídico y el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Desde un primer momento, la jurisprudencia ha extendido esta referencia a los servicios públicos como un sinónimo de toda actividad administrativa, del giro o tráfico administrativo, de la gestión administrativa en general, o del "hacer y actuar de la Administración". En consecuencia, la responsabilidad se puede ligar a cualquier vertiente de la actividad –o la no-actividad– de las administraciones publicas, sin límites materiales.

Ahora bien, por muy amplia que sea la interpretación del concepto de servicio público, está claro que en algún momento se acaba o deja de existir el servicio público en cuestión, algún límite debe tener el concepto de actividad administrativa, no se puede tratar de un título de imputación infinito. Dicho en otras palabras, el hecho de que el ordenamiento reconozca la capacidad de intervención administrativa en un sector no puede significar una responsabilidad tendencialmente ilimitada de la Administración respecto de los daños que se produzcan en este sector. Menos en los casos en los que el ordenamiento se limita a apuntar una competencia futura, como sucede con las materias del artículo 25 de la Ley de bases del régimen local, listado que, sin embargo, sirve a menudo de pie para la imputación de responsabilidades a la Administración local. En este punto, se debería distinguir entre las cláusulas generales de habilitación competencial, de las competencias formuladas en términos de responsabilidad obligada de intervención, como sucede por ejemplo con los servicios mínimos del artículo 26 de la LRBRL.

Pues bien, para definir el alcance exacto de la responsabilidad municipal en una materia determinada puede ser de utilidad la apelación a los estándares en tanto que indicadores que definen de forma precisa el alcance de los derechos de los usuarios y, por lo tanto, el alcance del servicio público. Es decir, la apelación a los estándares como método de definición de lo que se debe considerar servicio público o actividad administrativa exigible, y lo que no se puede considerar como servicio público a los efectos de la responsabilidad de la Administración titular.

La Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado prevé precisamente en su artículo 4 la obligación de todos los ministerios de definir los servicios y prestaciones que proporcionan a los ciudadanos, sus contenidos y los estándares de calidad. Este mandato ha sido desplegado mediante el Real decreto 951/2005 sobre la base de las cartas de servicios como instrumentos de compromiso que definen el alcance de los servicios públicos desde la perspectiva de los ciudadanos.

La jurisprudencia ha admitido en ocasiones que el servicio público no es infinito y que hay que estar a los estándares exigibles, bien sea unos estándares en sentido estricto, es decir, que determinen objetivamente los niveles de pureza, eficacia o seguridad, o supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad (STS, Civil, de 29 de junio de 1999); o bien, en ausencia de los anteriores, los estándares que se puedan considerar como razonables, o los exigibles de acuerdo con la conciencia social (STS de 16 de febrero de 2006), idea que quizá se podría extender al concepto de "buena administración" o de las buenas prácticas administrativas que se utiliza recientemente.

Como ejemplo de apelación a unos estándares precisos, puede resultar significativa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de octubre de 2002, que estima suficiente el estándar antideslizante de una pintura aplicada a la señalización vial, concretamente, a un paso de peatones en el que había resbalado una persona.

Es muy cierto que las cartas de servicio están más bien dirigidas a los ciudadanos, mientras que lo que interesa desde la perspectiva del límite a la responsabilidad patrimonial es definir el alcance de las obligaciones de las administraciones públicas y no tanto los derechos de los usuarios o ciudadanos en general.

Por otro lado, se puede pensar en estándares de resultado o bien en estándares de medios. En el ámbito de la sanidad pública, se ha generalizado la utilización de los estándares de medios desde el momento en que se admite ya sin excepción que el servicio sanitario es un servicio de medios y no de resultado. De esta forma, la Administración cumple su responsabilidad con la simple aplicación de los medios de curación técnicamente procedentes o exigibles, sin resultar responsable del resultado de los mismos y los daños que se generen una vez aplicados los tratamientos convenientes.

Se puede discutir si el servicio público de mantenimiento de las vías públicas debe ser considerado como un servicio de medios o de resultado, pero lo que no se podrá negar es que no se puede exigir un estado impoluto y perfecto de la vía pública minuto a minuto. Habrá que admitir que tanto la inversión inicial como la inversión de mantenimiento deben tener sus límites y que las instalaciones tienen una vida útil y un proceso de degradación natural y admisible. Los estándares se pueden fijar bien para garantizar un resultado, una especie de "transitabilidad" mínima de las calles, o bien fijando un ritmo y una intensidad determinada en el mantenimiento de las vías públicas. En este sentido, hay que destacar como, en el ámbito de las carreteras de la Generalitat, el hecho de que exista un servicio de mantenimiento que vigila periódicamente el estado de la carretera, retira los obstáculos o corrige los defectos que constata, es una dato que reduce sensiblemente su responsabilidad. En este caso, se acredita el cumplimiento de un deber de diligencia que, cuando menos, desplaza al afectado la carga de probar la relación causal con el servicio público más allá de la intervención de terceros.

La acreditación de un estándar de medios puede tener claramente un efecto directo sobre la responsabilidad de la Administración (STS de 3 de diciembre de 2002). Así sucede en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de noviembre de 1999, que considera que el servicio público afectado en este casos no es el general de carreteras, sino mucho más concretamente la de restauración de las condiciones de normalidad en la carretera ante un suceso, y que la res-

ponsabilidad administrativa deriva de una valoración del rendimiento exigible en este punto. Se acaba estableciendo que corresponde al afectado la carga de probar los elementos de hecho que justifican la antijuridicidad del daño y la relación de causalidad, mientras que corresponde a la Administración probar la intervención de terceros –excepto que se trate de un hecho notorio– y también el estándar de rendimiento del servicio que preste la propia Administración.

Hay situaciones en las que el estándar viene determinado desde campos colaterales. Así sucede, por ejemplo, con el colectivo de personas parcialmente impedidas o disminuidas en cuanto a su movilidad por la ciudad, personas que tienen derecho a un diseño urbano accesible según se dispone en el artículo 54 de la Ley 13/1982, en el artículo 4 de la Ley 20/1991 y en el artículo 11 y disposición transitoria primera del Decreto 135/1995, disposición esta última que incluye estándares muy específicos de accesibilidad con respecto a las vías públicas.

Por contra, en otro supuesto, las estándares pueden ser simplemente de medios, como sucede, por ejemplo, en los casos de huelga de los servicios de mantenimiento de las vías públicas, de recogida de basuras u otros de semejantes. En estos casos es claro que el mismo derecho de huelga es un derecho constitucional que, por su propia naturaleza, se proyecta sobre el común de los ciudadanos afectados y limita sus derechos. Para que el derecho de huelga sea posible es necesario que los afectados soporten sus consecuencias, de forma que este derecho se constituye en sí mismo como título jurídico que impone a los ciudadanos la obligación de soportar. Precisamente la fijación de servicios mínimos supone el punto de equilibrio entre el derecho de huelga y los derechos de los afectados por ésta. En este punto, está claro que los eventuales daños derivados de la no-prestación de los servicios es consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental y el estándar en la prestación del servicio queda transitoriamente reconducido a unos medios determinados, que son los servicios mínimos. En este caso, no resulta exigible a la Administración unos resultados determinados sino la prestación de unos medios determinados, medios que son los servicios mínimos.

En definitiva, cabe pensar en la delimitación de los servicios públicos y en el establecimiento de estándares efectivos, ya que de otro modo la jurisprudencia tiende a imputar una responsabilidad virtualmente ilimitada, responsabilidad que en ocasiones deriva de la mera titularidad formal de una competencia o de una potestad de intervención en general. Una jurisprudencia que, en el mejor de los casos, reconduce la responsabilidad a unos estándares de razonabilidad o de buena administración que acaban definiendo los tribunales, caso a caso, sin tener en cuenta los criterios generales de sostenibilidad presupuestaria, la necesidad de priorizar unas inversiones sobre otras, que es un decisión esencialmente política.

3.2. Causa adecuada y causa eficiente

A la hora de establecer la relación causal, la jurisprudencia ha utilizado esencialmente el denominado *método de la causa adecuada o causa eficiente*, aunque en algún momento se ha apuntado la teoría de la equivalencia de causas. Según este último planteamiento, un resultado determinado es imputable a la concurrencia objetiva de una serie de factores cuya ausencia, en hipótesis, hubiese evitado el resultado, de forma que debe ser considerada como causa cualquier factor que de no existir hubiese impedido el resultado. Se trata de factores, todos ellos necesarios, que se sitúan en un plano de igualdad, pues todos generan igualmente el resultado. Llevado a su extremo, este método permitiría establecer entre las causas de un delito y sus responsables a la misma concepción del delincuente, pues sin el nacimiento del mismo aquél no se hubiese producido.

Éste es un planteamiento inicial, de origen penal, ya abandonado en estos momentos; aunque asombrosamente reaviva de vez en cuando, como ha sucedido en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de noviembre de 2004.

Sin embargo, el planteamiento que se ha impuesto es el de la causa eficiente, que es un sistema que busca el factor dominante entre todos los que han causado un efecto determinado. Se trata de aislar el factor que, en el curso normal de los acontecimientos, es suficiente por sí solo para causar el daño en el caso concreto. No debe sólo tratarse del factor suficiente, sino que se trate al mismo tiempo de un factor que resulte normalmente idóneo para causar el resultado, lo que se denomina la *verosimilitud del nexo*. Un planteamiento que lleva a excluir los actos indiferentes, los inadecuados o no idóneos, y los absolutamente extraordinarios determinantes de fuerza mayor.

Ahora bien, aunque la jurisprudencia ha respaldado claramente esta última técnica de determinación de la causa de los daños, no es frecuente en cambio que las sentencias utilicen de forma precisa y cuidadosa esta doctrina. Por ejemplo, en el caso de accidentes por mal estado de la vía pública se suele establecer la responsabilidad a partir de la mera constatación del desperfecto, sin ponderar en qué medida la negligencia de la víctima ha cooperado en el daño resultante. En estos casos, existe la duda de que la causa del daño lo es tanto el desperfecto en la vía pública como la falta de atención del peatón, siempre que el defecto fuese perceptible, como suele suceder. El accidente se debe a ambos factores conjuntamente y no sería posible sin el uno o el otro, y a la hora de medir el peso relativo de uno y otro

hay que valorar circunstancias como el hecho de que el resto de peatones no hayan sufrido el accidente, de forma que en conjunto no es el desperfecto en la acera el que normalmente conduce al resultado dañoso sino la falta de atención del peatón. En definitiva, la aplicación genuina de la doctrina del factor eficiente a la que la jurisprudencia se adscribe masivamente comporta un juicio comparativo entre las diversas causas del accidente que a menudo se deja de lado o no se lleva a cabo rigurosamente.

3.3. Intervención del afectado o de tercero en la producción del daño

La jurisprudencia inicial sobre responsabilidad patrimonial exigía una relación casual inmediata, directa y exclusiva, de forma que ningún otro factor entorpeciese este vínculo directo. En este sentido, la intervención del afectado, aunque fuese por mera imprudencia, o la intervención de un tercero desplazaba absolutamente la responsabilidad de la Administración. Esta doctrina ya ha sido superada plenamente en nuestra jurisprudencia, que admite plenamente la responsabilidad mediata o indirecta de la Administración. Ahora bien, sí que se mantiene una línea jurisprudencial que considera que la relación causal se interrumpe si interviene una conducta culposa del afectado, una conducta bastante intensa hasta el punto de que sin ésta el daño no se hubiese producido (STS de 4 de noviembre de 1997 y de 15 de julio de 1999), o bien en los supuestos en los que es el afectado quien se sitúa en una posición de riesgo (STS de 22 de abril de 1994, a propósito de daños sufridos con ocasión de la represión policial de una manifestación). Una doctrina que no admite posiciones intermedias o de responsabilidad compartida.

Una vez superada la fase en la que se requería una responsabilidad inmediata y directa de la Administración, sin interferencia de terceros, hemos llegado a una situación notablemente confusa sobre las consecuencias de la intervención del afectado o de terceros en la producción del daño.

En efecto, alguna jurisprudencia sólo admite la concurrencia de una negligencia gravísima del afectado para interferir la relación causal. Una negligencia que, además, debe ser determinante en la producción del daño (STS de 21 de diciembre de 2004). En otros casos, la jurisprudencia pide que la negligencia del afectado sea la única causa determinante del daño para exonerar la responsabilidad de la Administración (STS de 20 de febrero de 1999). Una tercera línea jurisprudencial, más pragmática, se inclina por el reparto de responsabilidades en supuestos de concurrencia de causas (STS de 15 de abril de 2000). Una línea esta última suficientemente utilizada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (STSJC de 15 de abril de 2003).

Con respecto a la intervención de terceros, es paradigmático el caso de vertimiento de aceite, grava u otras sustancias que acaban provocando un accidente a algún vehículo que transita posteriormente por la misma vía. En este punto, la jurisprudencia es vacilante, ya que algunas sentencias imputan sin más a la Administración titular de la vía la responsabilidad, mientras que otras sentencias consideran que la acción del tercero interrumpe el nexo causal, de forma que sólo se puede atribuir una responsabilidad a la Administración cuando se constata una omisión en el deber de vigilancia por parte de la Administración. Una omisión culposa que depende de cuál es el tiempo transcurrido entre el vertimiento o la acción del tercero y el momento del accidente, ya que no se puede atribuir a la Administración el deber de reaccionar de forma inmediata ante cualquier incidente (STS de 11 de febrero de 1987). Corresponde a la Administración la carga de la prueba en este punto, como se ha visto.

Por contra, no se suele valorar en estos casos el que, aunque el vehículo que causó el vertimiento sea desconocido, ello no significa el cierre de esta vía indemnizatoria. En efecto, en el caso de que el causante directo del daño sea desconocido, la responsabilidad recae por sustitución en el Consorcio de Compensación de Seguros en los términos del artículo 11.1.a) de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real decreto legislativo 8/2004, de forma que en muchas ocasiones la Administración titular de la vía pública acaba asumiendo la responsabilidad de un daño provocado por un tercero desconocido por el simple hecho de no tener presente la responsabilidad del consorcio mencionado.

3.4. El nexo causal respecto de las situaciones de omisión administrativa o *culpa in vigilando*

La jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial de las administraciones municipales como consecuencia de daños producidos en la vía pública se proyecta tanto en supuestos de acciones o de actuaciones positivas de la Administración, como en supuestos de omisiones, esencialmente por *culpa in vigilando*. Ahora bien, en el caso de las conductas omisivas se puede verificar una doctrina jurisprudencial según la cual sólo se puede establecer un nexo causal cuando se constate un funcionamiento anormal, es decir, en los casos de omisiones culposas, pero no en los casos de funcionamiento normal del servicio. Una doctrina esta que se ha expresado de forma muy clara en campos como el penitenciario, en los casos de lesiones sufridas por internos y la eventual responsabilidad de la Administración penitenciaria por falta de vigilancia o de condiciones de seguridad (STS de 18 de marzo de 2000).

Esta doctrina, quizá sin un reconocimiento expreso, está presente en el resto de las situaciones de responsabilidad por omisión, como en los supuestos de falta de vigilancia y reparación de las acciones de terceros sobre la vía pública –vertimientos de materiales diversos o sustancias oleaginosas– como se ha visto.

El caso es que la responsabilidad objetiva tal como ha sido entendida por la jurisprudencia se quiebra en las situaciones de omisión administrativa, donde la exigencia de culpa administrativa es una constante.

4. Conclusión

Según se ha visto, bajo la cobertura de un régimen homogéneo y único se esconde una notable dispersión doctrinal, una confusión constante en la jurisprudencia, que en ocasiones aplica la responsabilidad objetiva más estricta, y en otros casos utiliza, de forma abierta o encubierta, una exigencia de culpabilidad en la acción de la Administración. Una jurisprudencia que en ocasiones maneja un concepto virtualmente infinito del servicio público, y en otras ocasiones precisa de forma rigurosa sus límites; que en algunos casos valora los factores concurrentes en el daño, particularmente la intervención del afectado, y en otros desprecia esta posibilidad excepto que sea absolutamente determinante, que se trate de una imprudencia acaparadora. Una jurisprudencia que puede aplicar el riesgo creado por el ciudadano a la hora de valorar la antijuridicidad del daño, o puede considerar esta circunstancia dentro del nexo causal. Una jurisprudencia que se inclina por la doctrina de la causa determinante, pero no es proclive a medir el peso relativo de las diferentes causas que intervienen en el daño invocado.

Sea como sea, estamos ante un régimen de responsabilidad patrimonial que, en la interpretación dominante, resulta prácticamente ilimitado y presupuestariamente insostenible. En este sentido, sin embargo, se puede apreciar cómo tímidamente alguna jurisprudencia comienza a cuestionar la función providencialista que se atribuye a la institución de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y comienza a poner las bases para una reorientación de ésta. ■

El régimen local en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Joaquín José Ortiz Blasco
Magistrado

1. Pleno municipal. Sustitución de alcalde por teniente de alcalde. Validez de los acuerdos adoptados.
2. Ordenanza municipal tipo sobre los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución.
3. Organismos autónomos.
3.1. Fundación. Modificación de estatutos. 3.2. Organismo autónomo local de gestión tributaria. Acuerdo de creación.
4. Competencias municipales concurrentes con otras administraciones. Retirada de palomar.
5. Reserva de plaza de aparcamiento para persona disminuida.
6. Bienes.
6.1 Recuperación posesoria. 6.1.1. Incompetencia del alcalde. Facultad del Pleno. 6.1.2. Paso público. Prueba del uso público. 6.1.3. Camino público. Uso público. 6.1.4. Caducidad del procedimiento. 6.1.5. Deslinde. Las cuestiones de propiedad deben resolverse por la jurisdicción civil. 6.2. Cierre de caminos. Inobservancia del procedimiento. 6.3. Daños al patrimonio municipal. Falta de audiencia al interesado. 6.4. Cementerios. Límites temporales de las concesiones de uso de panteón.
7. Licencias.
7.1. Uso común especial vía pública. 7.1.1. Necesidad de motivación. 7.1.2. No existe un derecho absoluto e indiscriminado a la ocupación del dominio público mediante la modalidad de uso común especial.
8. Alteración de términos municipales.
8.1. Denegación de segregación para constitución de nuevo municipio. Incumplimiento de los requisitos legales. 8.2. Aprobación de alteración parcial de términos municipales. Concurrencia de los requisitos exigidos.
9. Dominio público marítimo-terrestre. Servicios de temporada. Infracciones. Responsabilidad del municipio. No alcanza al canon dejado de satisfacer.
10. Contratación administrativa.
10.1. Contrato privado. Ejecución de obra en la que no es parte el ayuntamiento. Incompetencia de jurisdicción. 10.2. Falta de legitimación para impugnar la adjudicación. Las cuestiones relativas a la adjudicación no inciden en la esfera jurídica del administrado. 10.3. Subsanación de defectos en relación con la documentación a presentar. 10.4. La documentación no presentada se refiere a uno de los criterios de valoración. No procede requerimiento de subsanación. 10.5. Superación del límite de variantes permitidas. 10.6. Mesa de contratación. Relevancia. 10.7. Mesa de contratación. Falta de designación. Constitución por un número inferior de miembros a lo previsto. 10.8. Consignación presupuestaria. Momento determinante. 10.9. Actos dictados por órgano distinto al de contratación. Nulidad. 10.10. La adjudicación de la subasta a la proposición más ventajosa es nula. 10.11. Modificaciones. Reducción de obra. Minoración de la garantía prestada. 10.12. Renuncia al cobro de intereses. Cláusula carente de eficacia por contravenir normas de Derecho necesario. 10.13. Revisión de precios. Aplicación del IPC. Modificación por acuerdo de las partes del sistema previsto en el pliego. 10.14. Obligación de pago como consecuencia de la alteración de términos municipales. 10.15. Reclamación de daños causados a un tercero por el contratista. 10.16. Pago de obras realizadas siguiendo instrucciones de la Administración que no son objeto del expediente de contratación. Principio de interdicción del enriquecimiento injusto. 10.17. Pago. Reclamación. Naturaleza de las obras ejecutadas: complementarias o provisionales.
11. Aguas.
11.1. Asunción por el ayuntamiento de la prestación del servicio público de distribución de agua potable. Confiscación de elementos. Fijación de indemnización. 11.2. Costes de obras de conexión. Responsable del pago.

Se recoge en este trabajo un resumen de las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en materia de régimen local en el periodo comprendido entre el mes de junio de 2005 y el mes de junio de 2006.

La modificación que introdujo la disposición adicional 14 de la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, al dar nueva redacción al artículo 8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, al atribuir a los juzgados de lo contencioso-administrativo competencia para conocer en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las entidades locales o de las entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico, quedando la de las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia para conocer en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con los actos de las entidades locales cuyo conocimiento no esté atribuido a los juzgados de lo contencioso-administrativo, así como de las disposiciones generales emanadas de las entidades locales, ha tenido una primera consecuencia como es un considerable aumento del número de recursos contencioso-administrativos de los que conocen en primera o única instancia los juzgados de lo contencioso-administrativo y una sustancial disminución de la carga para las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia en materia de régimen local.

Esta inicial consecuencia no tendría por qué tener efectos desfavorables para los administrados si la medida hubiera ido acompañada de otras, alguna de ella tan lógica como el incremento del número de juzgados contencioso-administrativos para atender a una mayor carga competencial que recae en recursos contencioso-administrativos en los que no puede desconocerse la intensidad de la controversia por la proximidad que se da entre el interesado y la Administración local de la que procede la actividad/inactividad administrativa impugnada. Los datos objetivos de los juzgados de lo contencioso-administrativo evidencian ya, pese al corto tiempo transcurrido desde la modificación legislativa, que de no ponerse remedio a esta situación se generará un notable retraso en la resolución de los recursos.

Pero también sería muy conveniente que el legislador se planteara la conveniencia de ampliar el recurso de apelación disminuyendo la cuantía exigible en la actualidad para interponerlo, y, sobre todo, de introducir un recurso que posibilitara a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia corregir contradicciones manifiestas en sentencias dictadas por los juzgados de lo contencioso-administrativo no susceptibles de recurso de apelación que versen sobre la interpretación del Derecho autonómico, por la imposibilidad de acceso a través de la vía del recurso de casación para la unificación de doctrina (artículo 99.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa) y por el estrecho margen legal del recurso de casación en interés de la ley autonómico, circunscrito en la actualidad al enjuiciamiento de la correcta aplicación de las normas de la comunidad autónoma que hayan sido determinantes del fallo recurrido (artículo 101.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), porque a menudo la trascendencia del recurso no la da la cuantía del mismo sino la materia sobre la que versa, quebrando el principio de seguridad jurídica cuando ante un supuesto similar se obtienen respuestas sustancialmente distintas en la interpretación de la norma aplicable por los distintos juzgados de lo contencioso-administrativo.

1. Pleno municipal. Sustitución de alcalde por teniente de alcalde. Validez de los acuerdos adoptados

STSJC 62/2006, de 16 de enero de 2006

La sentencia estima el recurso de apelación interpuesto contra la dictada en instancia que había anulado los acuerdos adoptados en el Pleno del Ayuntamiento de Caldes d'Estrac, al considerar que eran nulos de pleno derecho al amparo del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LPAC), ya que no se acreditaron las circunstancias que determinaron la sustitución del alcalde por el teniente de alcalde, sin haber efectuado expresa delegación de funciones.

El Tribunal considera que *el alcalde no puede delegar su competencia de presidir los plenos del Ayuntamiento en el teniente de alcalde, pero sin embargo sí está permitida su sustitución en caso de "vacante, ausencia o enfermedad"*, ya que *las normas deben ser interpretadas de forma que no desemboque la interpretación en situaciones absurdas,* principio jurídico básico que debe presidir toda interpretación, y *entenderlo de otra forma llevaría a entender que en los supuestos de ausencia del alcalde, no se podrían convocar ni presidir plenos*.

En ese sentido, debe interpretarse el artículo 21 del Texto refundido de régimen local, de 18 de abril de 1986 (TRRL), al disponer que cuando el alcalde se ausente del término municipal por más de veinticuatro horas sin haber conferido la delegación, o cuando por una causa imprevista le hubiere resultado imposible otorgarla, le sustituirá el teniente de alcalde a quien corresponda, debiendo dar cuenta de ello al resto de la corporación.

Del mismo modo, y con el mismo resultado hermenéutico, debe entenderse el artículo 47 del Reglamento de organización y funcionamiento de los entes locales (ROF), que establece que:

"1. Corresponde a los tenientes de alcalde, en cuanto tales, sustituir en la totalidad de sus funciones y por el orden de su nombramiento, al alcalde, en los casos de ausencia, enfermedad o impedimento que imposibilite a éste para el ejercicio de sus atribuciones, así como desempeñar las funciones del alcalde en los supuestos de vacante en la Alcaldía hasta que tome posesión el nuevo alcalde.

"2. En los casos de ausencia, enfermedad o impedimento, las funciones del alcalde no podrán ser asumidas por el teniente de alcalde a quien corresponda sin expresa delegación, que reunirá los requisitos de los números 1 y 2 del artículo 14.

"No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el alcalde se ausente del término municipal por más de veinticuatro horas, sin haber conferido la delegación, o cuando por causa imprevista le hubiere resultado imposible otorgarla, le sustituirá, en la totalidad de sus funciones, el teniente de alcalde a quien corresponda, dando cuenta al resto de la corporación."

El artículo 62.e) de la LPAC recoge que los actos administrativos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido *o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos* colegiados serán nulos de pleno derecho.

Dicho precepto, de modo contrario al sostenido por el Ayuntamiento en su recurso de apelación, *no constituye una norma sancionadora que "castigue" una infracción tipificada como tal, sino que establece los efectos –o más bien su ausencia– de la actuación administrativa viciada de raíz, de los actos ineficaces* ab initio *y* erga omnes.

Para ello hay que partir de que, en el ámbito del Derecho administrativo, la nulidad radical es la excepción y sólo es predicable de aquellos supuestos regulados en el artículo 62 de la LPAC, siendo la regla, en caso de contravención de la norma, la mera anulabilidad, la que, tratándose de defectos de forma, sólo se producirá (artículo 63.2 de la misma Ley) cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

En el presente asunto, *ha quedado probado que el Pleno se constituyó en el lugar y a la hora prevista, estando presentes la totalidad de los tenientes de alcalde y concejales, asumiendo la Presidencia el primer teniente de alcalde, al estar ausente el alcalde, tal como obra en el acta de la sesión, sustituyéndole en caso de ausencia prevista en el artículo 23.3 del TRRL y 98.c) del Texto refundido de la Ley de régimen local de Cataluña (LMC).*

Efectivamente, el alcalde de Caldes d'Estrac acudió a un acto privado de la Fundació Palau, concretamente una conferencia-recital, en su calidad de patrón de la fundación, comenzando el acto a las 19 horas y concluyendo a las 21 horas, cuando el Pleno estaba convocado a las 20 horas. El teniente de alcalde manifestó que cinco minutos antes de comenzar el Pleno recibió una llamada telefónica del entonces alcalde en la cual le comunicó que habían surgido circunstancias imprevistas que requerían su presencia en otro acto, como alcalde, teniendo una duración superior a la inicialmente prevista, por lo que presidió el Pleno municipal en su calidad de primer teniente de alcalde.

El supuesto de hecho de la legalidad de la sustitución del alcalde por el teniente de alcalde es la ausencia, sea o no justificada, la cual ha quedado probada que se produjo, ya que el artículo 21 del TRRL y 47.2 del ROF al hablar de "circunstancias imprevistas" deben entenderse aplicables a los casos que la asunción de competencias del alcalde por otro órgano requieren un acto de delegación y no se ha conferido o podido otorgar, pero no a los casos en los que esa delegación no es requerida en cuanto no está permitida, como en la competencia de presidir el Pleno.

El Pleno de 30 de enero de 2004 se constituyó válidamente por el sustituto legal del alcalde ausente y con la totalidad de los miembros de la corporación, ajustándose a las normas que regulan la formación de la voluntad de dicho órgano colegiado necesario en la organización municipal. Las razones que motivaron la ausencia del alcalde no vician de invalidez la formación del Pleno, ni tampoco los acuerdos adoptados en su seno, al margen de las responsabilidades que se puedan dilucidar contra el alcalde por un supuesto abandono injustificado de sus funciones.

2. Ordenanza municipal tipo sobre los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución

STSJC 474/2006, de 31 de mayo de 2006

Se impugna la Orden PRE/335/2003, de 14 de julio, por la que se aprueba la Ordenanza municipal tipo sobre los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución, en concreto los artículos 12.g), 14, 16.1 y 20.1. También se predica la nulidad de pleno derecho por infracción de lo dispuesto en el artículo 3.1.b) del Decreto legislativo 17/1991, de 25 de marzo, al haberse omitido un trámite esencial como es el informe preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora.

El Tribunal no comparte el alegato de que la Orden impugnada debería haber contado, con carácter previo a su aprobación, con el dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora, ya que no se dicta en ejecución de la Ley 10/1990, de 15 de junio, sobre policía del espectáculo, las actividades recreativas y los establecimientos públicos, y sí, por el contrario, en ejecución del Decreto 217/2002, de 1 de agosto, por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución, como claramente resulta de la habilitación a los departamentos de Interior y de Gobernación y

Relaciones Institucionales para elaborar y aprobar una ordenanza tipo que será de aplicación a los ayuntamientos que no hayan aprobado la correspondiente ordenanza municipal de adaptación al Decreto 217/2002, de 1 de agosto, sin perjuicio de que posteriormente puedan aprobar su propia ordenanza municipal. Además, no debe olvidarse que la Orden aquí impugnada tiene un carácter supletorio, pues sólo resulta de aplicación en los ayuntamientos que no aprueben la correspondiente ordenanza, sujeta ésta en su tramitación a un procedimiento que no prevé el requisito invocado por la parte actora.

El artículo 14 de la Orden establece que la *licencia municipal específica para la prestación de servicios de naturaleza sexual no es transmisible*. *Considera el Tribunal que tratándose de una restricción debería estar prevista expresamente en el Decreto 217/2002, de 1 de agosto,* más aún cuando tampoco puede encontrar sustento en la previsión del Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, que impide la transmisión de la licencia a los supuestos en los que el número que pueda otorgarse esté limitado o que se haya concedido teniendo en cuenta las características particulares del sujeto autorizado, lo que no es el caso, pues ni está limitado el número de licencias a otorgar ni al titular se le solicita ningún requisito específico que deba ser supervisado por la Administración, tratándose de una normativa que tiene por finalidad establecer los requisitos y las condiciones que han de reunir los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución, así como los reservados anexos donde se desarrolla la prestación de servicios de naturaleza sexual, y establecer las limitaciones y las prohibiciones inherentes a este tipo de establecimientos, y hasta tal punto es así que para la concesión de la licencia específica para realizar la actividad hace falta que el local acredite el cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 217/2002, de 1 de agosto, la normativa en materia de espectáculos, así como el resto de los requisitos que establecen las ordenanzas municipales correspondientes.

El artículo 16.1 de la Orden dice que *la licencia específica para la prestación de servicios de naturaleza sexual tiene una validez máxima de cinco años, transcurrido el cual se debe solicitar una nueva licencia para poder seguir prestando la actividad, de acuerdo con los requisitos y los trámites que prevé esta Ordenanza*. El Tribunal no observa infracción del ordenamiento en el precepto, habida cuenta que ni del artículo 88 del Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, que regula la anulación y revocación de las licencias pero no su extinción por el transcurso del tiempo para el que es concedida, puede extraerse como conclusión que las licencias deban tener una duración temporal indefinida, ni se dan los mismos presupuestos que en el artículo 14, ya que *existe habilitación legal para establecer una duración temporal de la licencia municipal específica,* al posibilitar el último inciso del artículo 4.2 de la Ley 10/1990, de 15 de junio, que las reglamentaciones específicas puedan determinar el carácter temporal de las licencias.

El artículo 12.g) de la Orden dispone que *junto con la documentación correspondiente ha de presentarse al Ayuntamiento el contrato con una empresa de seguridad privada*. *Y el artículo 20.1, que los locales objeto de la Ordenanza deben disponer, como mínimo, de uno o una vigilante de seguridad durante todo su horario de funcionamiento, y a partir de cincuenta personas de aforo han de disponer de uno o una vigilante más y, en adelante, uno o una más por cada fracción de cincuenta personas*.

El artículo 20.1 de la Orden es trascripción casi literal del artículo 11.1 del Decreto 217/2002, de 1 de agosto, que no consta que haya sido objeto de impugnación directa, por lo que mantiene su plena vigencia.

Si bien es cierto que existe una notoria diferencia en el tratamiento que la Administración da a los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución en cuanto a los servicios de vigilancia –uno o una vigilante de seguridad durante todo su horario de funcionamiento, y a partir de cincuenta personas de aforo uno o una vigilante más y, en adelante, uno o una más por cada fracción de cincuenta personas– en relación también con los servicios de vigilancia en determinados establecimientos de espectáculos, actividades recreativas y establecimientos públicos –un vigilante de seguridad durante todo el horario de funcionamiento a partir de 150 personas de aforo, dos a partir de 450, tres a partir de 750, cuatro a partir de mil y, en adelante, uno más por cada fracción de mil personas (artículo 4.1 del Decreto 205/2001, de 24 de julio)–, que incluso se ha acentuado con la publicación del Decreto 348/2004, de 20 de julio, por el que se regulan los criterios de habilitación y las funciones del personal de control de acceso de determinados establecimientos de espectáculos y actividades recreativas, de ello no puede predicarse una vulneración de los artículos 14 y 38 de la Constitución, pues ni los supuestos son iguales, empezando por la actividad que se desarrolla en unos y en otros, ni se quebranta la libertad de empresa con la medida impuesta que tiene como objetivo garantizar la seguridad y la higiene de los locales, evitar molestias a terceros y proteger a las personas menores de edad.

Concluye el Tribunal que *si bien se considera que no resulta desproporcionado el número de vigilantes que se impone en razón del aforo del local, tampoco sería ilógico que la Administración estableciera otros criterios que equipararan, con los matices necesarios, los servicios de vigilancia en los locales y establecimientos mencionados anteriormente*.

3. Organismos autónomos

3.1. Fundación. Modificación de estatutos

STSJC 996/2005, de 28 de diciembre de 2005

Se impugna el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de La Pobla de Lillet por el que se aprobaron definitivamente los estatutos del organismo autónomo local Fundació Residència d'Avis de la Pobla de Lillet.

La naturaleza jurídica de la Fundació Residència d'Avis de la Pobla de Lillet no es la de una fundación privada, sino que la misma se constituyó en 1930 como *una fundación pública de servicio, figura equivalente en la actualidad a la de organismo autónomo local*, que contempla el artículo 85.3.b) de la Ley reguladora de las bases del régimen local (LBRL), por lo que carecen de relevancia las reiteradas invocaciones a la "voluntad fundacional inicial" que se contienen en el escrito de demanda. El citado organismo autónomo es un *ente instrumental del Ayuntamiento de La Pobla de Lillet, que se halla en consecuencia sujeto a la potestad de autoorganización municipal,* de modo que el *Pleno de la corporación puede introducir las modificaciones en el régimen de dicho ente que considere convenientes, sin más límite que el resultante de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables*.

Es cierto que en el origen de la fundación pública de servicio se halla la cesión onerosa al Ayuntamiento de unos terrenos que eran propiedad de un tercero, con la condición de que se destinasen a fines benéficos o sociales. Este hecho, que ya venía contemplado como causa determinante de la constitución de la fundación pública en el artículo 85.b) del Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955, no incide, sin embargo, en la forma de gestión del servicio, ni constriñe las potestades de organización del mismo por parte del Ayuntamiento, máxime cuando la condición bajo la que se adquirió el inmueble ha de entenderse suficientemente cumplida, a tenor de lo dispuesto en el artículo 191.1 de la LMC.

Los artículos 21 y 22 contienen la enumeración de las facultades que pueden ser atribuidas al gerente de la fundación. Es cierto que alguna de aquéllas podría ser considerada contraria a Derecho si se consideran dichos preceptos aisladamente, como ocurre con el apartado c) del artículo 22, a cuyo tenor el gerente puede disponer de poderes generales para comprar y vender bienes inmuebles. Sin embargo, dicho precepto debe ser puesto en relación con el artículo 36.f) de los mismos estatutos, que contemplan las *facultades de tutela del Ayuntamiento* en esta materia, en línea con lo que dispone el artículo 204.4 del Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales de Cataluña. Igual ocurre con las facultades del gerente sobre el personal del organismo autónomo, que se hallan subordinadas a las instrucciones del presidente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35 de los estatutos.

3.2. Organismo autónomo local de gestión tributaria. Acuerdo de creación

STSJC 716/2005, de 15 de septiembre de 2005

Se impugna el acuerdo adoptado por el Pleno de la Diputación de Girona que desestimó el recurso de reposición formulado contra el acuerdo de creación definitiva del Organismo Autónomo de Gestión Tributaria.

Los consejos comarcales recurrentes entienden que no resulta ajustada a Derecho la creación del indicado organismo autónomo, habida cuenta que ello supone la vulneración de los convenios suscritos en su día con la Diputación, en virtud de los cuales aquéllos se hicieron cargo de la liquidación y recaudación de los tributos locales, respecto de aquellos ayuntamientos que voluntariamente delegasen su gestión en el consejo comarcal. Por otra parte, se considera que la constitución del Organismo Autónomo de Gestión Tributaria, cuando los entes comarcales ya han asumido la prestación de este servicio a los ayuntamientos, supone una infracción del principio de lealtad institucional.

Como punto de partida para la resolución de la cuestión debatida, considera el Tribunal que *resulta indiscutible que la Diputación de Girona ostenta la competencia necesaria para constituir un organismo autónomo que pueda recibir la delegación de los ayuntamientos de la provincia en orden a gestionar la liquidación y recaudación de los tributos locales*. Ello es así en virtud de lo dispuesto en el artículo 36.1.b) de la LBRL, el cual establece que son competencias propias de la Diputación, en todo caso, la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión.

Una vez sentado lo anterior, debe constatarse igualmente que *la competencia provincial en esta materia resulta irrenunciable,* a tenor de lo dispuesto en el artículo 12.1 de la LPAC, de modo que no puede verse afectada por la suscripción de un convenio de colaboración con otras administraciones, según se deduce del contenido del artículo 8.1 de la misma Ley.

De todo ello se deduce que *la existencia de unos convenios preexistentes que fueron suscritos en su día por la Diputación de Girona y por algunos de los consejos comarcales del territorio, no constituye óbice al ejercicio por parte de aquélla de las competencias que tiene legalmente atribuidas*. Cuestión distinta es la de determinar los efectos que pueda tener la creación del Organismo Autónomo de Gestión Tributaria sobre los referidos convenios, en orden incluso a la procedencia

de una indemnización a las administraciones afectadas, pero ello es cuestión que no ha sido planteada, y ni siquiera resulta de los documentos aportados a los autos, habida cuenta que la intervención del nuevo organismo autónomo queda limitada a la recaudación en voluntaria y en vía de apremio de aquellos tributos cuya gestión no se halle delegada a los consejos comarcales, por lo que no cabe considerar que incida directamente en el ámbito de actuación de estos últimos.

Por otra parte, tampoco *el invocado principio de lealtad institucional puede representar un obstáculo al ejercicio por parte de la Administración demandada de las competencias que tiene legalmente atribuidas,* las cuales, como antes se ha dicho, resultan irrenunciables.

4. Competencias municipales concurrentes con otras administraciones. Retirada de palomar

STSJC 673/2005, de 2 de septiembre de 2005

Constituye el objeto del recurso las resoluciones de la Alcaldía del Ayuntamiento de Premià de Mar, por las que se requirió al recurrente para que procediese a la retirada del palomar ubicado en su vivienda con apercibimiento de ejecución subsidiaria en caso de incumplimiento.

El motivo central de la controversia descansa en la alegada falta de competencia de la corporación demandada para dictar las resoluciones que son objeto del recurso, entendiendo que la cría y utilización de palomas mensajeras es una actividad de utilidad pública y de interés especial para la defensa nacional, según lo dispuesto en el Real decreto 2571/1983, de 27 de septiembre, de modo que, al disponer el interesado de la oportuna autorización expedida por las autoridades militares, el Ayuntamiento de Premià de Mar carece de habilitación legal para ordenar la retirada del palomar que tiene instalado el actor en su vivienda.

Esta alegación es desestimada, ya que *el hecho de que el recurrente disponga del permiso otorgado por el Ministerio de Defensa no obsta ni empece a que las demás administraciones públicas con competencias en la materia intervengan en la esfera de atribuciones que tienen otorgadas*. Así lo dispone expresamente el artículo 3 del citado Real decreto 2571/1983, según el cual "la preceptiva autorización militar se entiende sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a otros sectores de la Administración en el ámbito de sus competencias".

Resulta indudable que las corporaciones locales se hallan facultadas para regular e intervenir en las actividades de los particulares referidas a la cría de palomas mensajeras, y ello desde la perspectiva que ofrece su innegable incidencia en materia urbanística y sanitaria.

En el primero de tales aspectos, debe considerarse que la actividad de cría de palomas mensajeras, de un volumen tan relevante como el que aquí se examina, que llegó a superar el número de cien ejemplares en el palomar, excede de los usos admitidos en la normativa urbanística del Plan General de Ordenación Urbana (artículo 56).

Desde el segundo punto de vista, la protección de la salubridad pública es una tradicional competencia municipal que se halla recogida en el artículo 25.2.h) de la LBRL. En cuanto ahora interesa, el municipio aprobó en su día la Ordenanza sobre tenencia de animales, cuyo artículo 2 dispone que "con carácter general se autoriza la tenencia de animales domésticos en los domicilios particulares siempre que las circunstancias higiénicas de alojamiento lo permitan y que no produzcan ninguna situación de peligro o de incomodidad para el animal o para las personas que puedan ser afectadas".

El examen del expediente administrativo y de las pruebas practicadas obliga a concluir que resulta plenamente ajustada a Derecho la orden de retirada del palomar que el recurrente tiene instalado en su vivienda, a la luz de lo que dispone el citado artículo 2 de la Ordenanza sobre tenencia de animales. *Resultan evidentes las molestias que las palomas del actor han causado a los vecinos del lugar, como consecuencia del ruido producido por el elevado número de ejemplares que existían en la instalación, y de la suciedad provocada en las viviendas del entorno por la suelta de las palomas*. No son necesarios mayores razonamientos para concluir que se ha producido el supuesto de hecho previsto en aquel precepto, desde el momento en que ha existido una indudable situación de incomodidad para los vecinos, de lo que resulta una situación de incompatibilidad entre la actividad que realiza el actor y su desarrollo en un núcleo urbano.

5. Reserva de plaza de aparcamiento para persona disminuida

STSJC 901/2005, de 30 de noviembre de 2005

Se impugna la resolución desestimatoria presunta por silencio administrativo de la solicitud formulada ante el Ayuntamiento de L'Hospitalet de Llobregat, a fin de que se le concediera al interesado una reserva de plaza de aparcamiento para titulares de la tarjeta de aparcamiento para personas con disminución, en la modalidad de titular no conductor.

La pretensión se basa en el hecho de que su hijo padece una incapacidad del noventa y nueve por ciento y tiene la movilidad reducida, siendo por ello titular de una tarjeta de aparcamiento para personas con disminución, en su modalidad de titular no conductor. Al amparo del Decreto 97/2002, de 5 de marzo, que regula dichas tarjetas, así como otras medidas dirigidas a facilitar el desplazamiento de las personas con movilidad reducida, interesa el reconocimiento de una reserva de

plaza de aparcamiento en la vía pública, frente a su domicilio o, con carácter subsidiario, en el emplazamiento señalado en el informe técnico que obra en el expediente administrativo.

La corporación demandada alega que la Ordenanza municipal de circulación, de 17 de mayo de 1997, sólo prevé la concesión de las zonas de reserva de estacionamiento, entre otros supuestos que no son de aplicación, cuando se trate de vehículos adaptados que sean conducidos por disminuidos físicos. Dado que, en este caso, el titular de la tarjeta de aparcamiento para personas con disminución no conduce por sí mismo ningún vehículo, sino que la solicitud la formula el padre de aquél, quien se encarga de su transporte, la conclusión a la que llega la demandada es la de que resulta improcedente conceder la reserva de aparcamiento solicitada.

El artículo 3.5 del Decreto 97/2002, es taxativo al establecer que el titular de la tarjeta de aparcamiento para personas con disminución, en la modalidad de titular no conductor, tendrá derecho *a la reserva de plaza de aparcamiento a que se refiere el artículo 5.d) del mismo Decreto cuando, teniendo movilidad reducida, sea menor de 18 años o, si es mayor, tenga un grado igual o superior al 65%, circunstancia que concurre en este caso, según antes se ha expuesto. Por su parte, el artículo 5.d) dispone que, con el fin de facilitar el desplazamiento de las personas con movilidad reducida, los entes locales competentes en materia de ordenación del tráfico* tienen que garantizar en sus ordenanzas, como mínimo, *entre otras medidas, la reserva de plazas de aparcamiento en los lugares donde se compruebe que es necesario para las personas titulares de tarjetas de aparcamiento para personas con disminución, y especialmente cerca de sus domicilios y/o de sus puestos de trabajo*.

De los expresados preceptos se desprende que el Decreto 97/2002 reconoce el derecho a disfrutar de una zona de reserva de aparcamiento a las personas con disminución que reúnan los requisitos que en el mismo se establecen, entre las que sin duda se encuentra el hijo del recurrente.

Es cierto que la Ordenanza municipal de circulación, que fue aprobada con anterioridad a la entrada en vigor del citado Decreto 97/2002, no se ha adaptado todavía a las prescripciones de este último. Sin embargo, el derecho a la obtención de una reserva de aparcamiento que el Decreto concede tiene una eficacia directa e inmediata, y no se halla subordinado a la adaptación de la Ordenanza municipal a las previsiones de la norma reglamentaria.

Por todo ello, procede la estimación íntegra del presente recurso, declarando el Tribunal el derecho del actor a la obtención de la reserva de aparcamiento que solicita, en la ubicación que determine la corporación demandada de entre las dos que se postulan por parte del actor, en función de los intereses públicos concurrentes respecto de la circulación viaria, cuestión esta sobre la que el Tribunal no ha de sustituir la decisión de la autoridad administrativa competente.

6. Bienes

6.1 Recuperación posesoria

6.1.1. Incompetencia del alcalde. Facultad del Pleno

STSJC 244/2006, de 13 de marzo de 2006

El Decreto impugnado, adoptado por el alcalde del Ayuntamiento de Falset, es del siguiente tenor literal:

"Por todo ello resuelvo: 1. Proceder a la recuperación posesoria del camino de uso público que transcurre por el paraje denominado Lo Grau, ocupado por el Sr..., el cual ha instalado una cadena y grandes piedras que impiden el paso hasta el repetidor de TV. 2. Requerir al Sr... para que, en plazo improrrogable de 24 horas, retire la cadena y piedras y lo deje abierto para su uso público. 3. Advertir al interesado de que transcurrido este plazo el Ayuntamiento procederá a la ejecución subsidiaria a cargo del interesado. 4. Dar cuenta de este Decreto al Pleno de la corporación."

Los municipios, en su calidad de administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, disponen de la potestad de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes, de acuerdo con el artículo 4.1.d) de la LBRL y artículo 8.1.e) de la LMC.

Frente a la situación en que se hallan los particulares, cuya defensa frente al despojo de la posesión sólo puede realizarse por vía judicial, *la Administración ostenta el poder de repeler dichos despojos por sí misma, recuperando la posesión de los bienes demaniales de que hubiera sido privada sin necesidad de acudir al auxilio de los órganos judiciales (de ahí la denominación coloquial de* interdictum propium *con que esta potestad es conocida). Esa potestad de recuperación posesoria puede ejercitarse, en el caso de los bienes de dominio público, sin sujeción a plazo alguno,* de conformidad con el artículo 82.a) de la LBRL, artículo 211.22 de la LMC y el artículo 147.1 del Decreto 336/1988, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de patrimonio de los entes locales.

El acto administrativo impugnado se encuadra dentro del expediente contradictorio previsto en el artículo 148.1 del Decreto 336/1988, de 17 de octubre, el cual establece que:

"Para que la reivindicación sea procedente se requiere un expediente administrativo contradictorio, con audiencia de los interesados, en el que se acredite que se encuentra en posesión administrativa del bien y haber sido perturbado en la mencionada posesión o desposeído de ésta."

El artículo 213 de la LMC dispone que el ejercicio de las acciones administrativas a que se refieren los artículos 211 y 212, refiriéndose el primer precepto al interdictum propium*, es competencia del Pleno, salvo las que sean urgentes, que serán ejercidas por el presidente. Igualmente recogen la competencia del Pleno para el ejercicio de acciones judiciales y administrativas y la defensa de la corporación en materia de competencia plenaria, el artículo 22.1.j) de la LBRL y 50.2.l) de la LMC, mientras que el artículo 51.1.j) de la LMC atribuye al alcalde "Ejercer acciones judiciales y administrativas en caso de urgencia".*

El Pleno del Ayuntamiento de Falset incoó el expediente contradictorio para la recuperación de oficio de la posesión del camino facultando al alcalde para suscribir todos los documentos necesarios para la efectividad y ejecución del procedimiento.

No se aprecia que concurriere la situación de urgencia que daría cobertura competencial a una resolución dictada por el alcalde, incluso de manera inmediata, ya que el expediente se inició por acuerdo del Pleno y continuó sus trámites conforme a las normas que rigen el iter procedimental *por la vía que podemos denominar "ordinaria", recogido en los artículos 68 y siguientes de la LPAC. Por ello, la competencia para acordar finalmente la recuperación de oficio correspondía al Pleno, y no al alcalde, a quien no le fue delegada en el acuerdo de incoación la competencia resolutoria, sino la ejecutiva. El Decreto dictado por el alcalde de Falset es nulo de pleno derecho, a tenor del artículo 62.1.b) de la LPAC, por cuanto resulta evidente la falta de competencia objetiva del mismo para resolver la recuperación de la posesión de oficio.*

6.1.2. Paso público. Prueba del uso público

STSJC 629/2005, de 19 de julio de 2005

Se impugnan: *a*) el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Argelaguer, desestimatorio del recurso de reposición formulado contra un anterior acuerdo de 22 de marzo del mismo año, por el que se acordó la recuperación posesoria del paso público ocupado por los recurrentes, mediante la colocación de vallas metálicas que impiden el acceso, y *b*) las resoluciones de la Alcaldía por las que se acordó la ejecución subsidiaria de las obras de retirada de las vallas que cerraban el indicado paso.

La naturaleza privilegiada de la facultad de recuperación de oficio de los bienes de dominio público o patrimoniales, así como el carácter estrictamente posesorio que reviste, constituye en esencia una auténtica acción interdictal actuada y decidida por la propia autoridad de las corporaciones locales, por la que no se prejuzga cuestión alguna de propiedad, la cual podrá plantearse después en vía civil. Para su válido ejercicio se requiere, por una parte, la existencia de prueba suficiente, mas sin necesidad de que sea exhaustiva, que demuestre la posesión administrativa o uso público, y por otra, la concurrencia de la condición de detentador en el administrado contra el que la acción recuperatoria se dirija, de suerte que tal posesión o uso público haya sido usurpado o perturbado por él.

En el supuesto que ahora se examina, el examen de la documentación aportada a los autos y de la prueba practicada en el correspondiente período procesal conduce a la conclusión de que existe un principio de prueba suficiente que permite entender acreditado el uso público del paso controvertido. En efecto, en tal sentido se manifiestan de forma prácticamente unánime los testigos que vienen a confirmar el resultado de la información testifical practicada en el expediente administrativo. El resultado de la expresada prueba testifical se ve ratificado por el hecho de que, en el paso controvertido, se realizaron en su día, a finales de 1999 y principios de 2000, determinadas obras de instalación de alumbrado público y suministro de agua, lo que viene a confirmar el carácter público de aquél.

6.1.3. Camino público. Uso público

STSJC 260/2006, de 20 de marzo de 2006

Se examina en el recurso de apelación la impugnación efectuada contra la resolución adoptada por el Pleno del Ayuntamiento de Cadaqués que acordó "la recuperación de oficio del camino a seguir a (las actoras), en cuanto propietarios de la finca... para que en el plazo máximo de un mes retire el muro de piedra seca que cierra a uso público el camino público de La Guillola", así como "advertir a los obligados de que transcurrido este plazo, y en el caso de incumplimiento de la orden, el Ayuntamiento lo ejecutará subsidiariamente, mediante la Brigada de Obras y a cargo de la persona obligada, de acuerdo con lo que dispone el artículo 98 de la Ley 30/1992".

Concurre prueba suficiente de que el camino que constituye el objeto material del proceso, era de uso público, peatonal, hasta que fue cerrado por las actoras, y que constituía un acceso a la playa de la Guillola, como en su primer tramo, partiendo de la carretera de Cadaqués al Cap de Creus y como hecho indisputado, permitía asimismo el acceso a la playa de Sant Lluís, tratándose por tanto de un camino "de ronda", tal como sostiene la Administración.

Al respecto, no es cierto, como se alega en el recurso de apelación, que "fuera de la declaración testifical, no se argumenta ninguna otra prueba por el juez *a quo*", por cuanto la sentencia recurrida analiza cuantas se han relacionado con anterioridad, pudiendo deducirse, en definitiva, el uso público del camino, previo a los actos de perturbación, de los siguientes elementos probatorios: *a*) del acta de inspección levantada por la Policía Local, que inicia el expediente; *b*) del testimonio de

quienes depusieron a presencia judicial, afirmando de forma coincidente que "el camino llega hasta la playa" y que "el camino de Guillola no muere en las fincas de las actoras sino que muere en la playa", lo que es acorde con el contenido de las denuncias formuladas por entidades cívicas, obrantes en el expediente, y *c*) en fin, de los planos obrantes en este último y los aportados a los autos, siendo especialmente ilustrativo y esclarecedor el acompañado por el propio perito que emitió un informe a instancia de la parte actora, fechado en 1998, consistente en una fotografía aérea en la que se percibe, a simple vista, que el camino en cuestión no concluye en una pequeña edificación propiedad de las recurrentes, ni en un acantilado, sino que prosigue mediante un desvío hasta la playa, lo que resulta coincidente con los restantes medios de prueba.

6.1.4. Caducidad del procedimiento

STSJC 435/2006, de 29 de mayo de 2006

La sentencia de instancia confirmó el acto administrativo impugnado, siendo éste la resolución dictada por el Pleno del Ayuntamiento de Santa Cristina d'Aro el 25 de marzo de 2004, la cual desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el acto adoptado el 26 de febrero de 2004, por el que se acordó la recuperación de oficio de la posesión del camino público Camí Barri Bujonis, que va desde el sector camping Santa Cristina hasta Pedralta, al considerar acreditado que el camino era de utilización pública, concurriendo los requisitos necesarios.

El Tribunal se hace eco de que la sentencia de instancia no efectúa análisis alguno acerca de la caducidad del expediente de recuperación de oficio, cuando la misma fue alegada por la recurrente en su demanda.

El Ayuntamiento demandado considera que no concurre la caducidad al ser aplicable el artículo 92.4 de la LPAC, que dice:

"4. Podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento."

El expediente de recuperación de oficio se inició de oficio, tal como establece el artículo 69 de la LPAC y como se desprende de la propia naturaleza del *interdictum propium*, mediante el acuerdo adoptado por el alcalde de Santa Cristina d'Aro el 10 de octubre de 2003, constando en el procedimiento –como primera actuación– la denuncia formulada el 5 de septiembre del mismo año por el agente de Policía Local D-014, abriéndose un período de información previa a la incoación.

No resulta de aplicación el apartado cuarto del artículo 92.4 de la LPAC en un procedimiento como el que nos ocupa, iniciado de oficio y desfavorable o de gravamen, ya que los expedientes de recuperación de oficio de los bienes de dominio público conllevan efectos desfavorables a los interesados, quienes pueden verse compelidos a abandonar la posesión de un bien que consideran propio. No existe, por tanto, la identidad de razón que permita la aplicación al presente supuesto de la doctrina jurisprudencial respecto de los procedimientos de deslinde en materia de costas, ya que el propio Tribunal Supremo considera que tales expedientes pueden producir efectos favorables tanto a la Administración, como a los interesados, pudiendo iniciarse a instancia de éstos, a diferencia de la recuperación de oficio de los bienes que integran el patrimonio de los entes públicos, prerrogativa que corresponde promover, iniciar y resolver a la Administración que se considera titular.

El artículo 147.1 del Decreto 336/1988, de 17 de abril, por el que se aprobó el Reglamento de patrimonio de los entes locales, no recoge el plazo máximo para resolver y notificar este tipo de procedimientos. Tampoco se recoge un plazo en los artículos 227 y siguientes de la LMC.

En ausencia de normativa autonómica en la materia, debe acudirse al plazo de tres meses establecido en el artículo 42.3 de la LPAC (modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero), contados desde la fecha del acuerdo de iniciación, esto es, desde el 10 de octubre de 2003, venciendo el 10 de enero siguiente.

En virtud de lo expuesto, la resolución adoptada por el Pleno el 26 de febrero de 2004 recayó fuera del plazo legalmente establecido, debiendo el Ayuntamiento haber declarado la caducidad del procedimiento de recuperación, a tenor del artículo 44.3 de la LPAC (modificado también por la Ley 4/1999), sin que conste que éste se paralizare por causa imputable al apelante.

6.1.5. Deslinde. Las cuestiones de propiedad deben resolverse por la jurisdicción civil

STSJC 715/2005, de 15 de septiembre de 2005

Se impugna el acta de deslinde levantada por la que se determinaron los límites de las fincas registrales de titularidad del Ayuntamiento de Calonge números 7616 y 8142.

La entidad recurrente discute la legalidad de dicha actuación municipal, al considerar que se ha incluido indebidamente dentro de los linderos de las citadas fincas un camino que, en realidad, forma parte de la finca colindante de su propiedad. En tal sentido, solicita en su escrito de demanda que, como situación jurídica individualizada, se declare que los terrenos sobre los que discurre el camino litigioso se encuentran ubicados dentro de los límites de la finca registral número 5989, de la que la actora es titular.

En el caso que se examina, la corporación demandada ha tramitado el expediente de autos con los requisitos legales, por lo que no concurren causas de invalidez del acuerdo impugnado por defectos de forma, que, por otra parte, no se invocan en el escrito de demanda.

Es por ello que *la pretensión que la actora ejercita, encaminada en último término a que se declare que es de su propiedad el camino de autos, debe formularla ante los tribunales civiles*.

De hecho, la recurrente ya interpuso en su día las acciones civiles que consideró pertinentes, al amparo del artículo 41 de la Ley hipotecaria, según resulta de los documentos aportados a los autos, y ello con un resultado negativo para sus pretensiones. No cabe, pues, que se pretenda alcanzar con este proceso, cuyo objeto se limita a garantizar que se han observado en el procedimiento de deslinde las formalidades legales, un pronunciamiento que contradiga el que han emitido los tribunales civiles, a quienes corresponde con exclusividad determinar la titularidad de los terrenos litigiosos.

6.2. Cierre de caminos. Inobservancia del procedimiento

STSJC 919/2005, de 9 de diciembre de 2005

La impugnación tiene por objeto el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Toses, que acuerda: 1º. El cierre de los siguientes caminos: Nucli Nevà: Camí de la Muntanya. Camí del Bosc. Camí de cal Baldrich de Dalt. Camí del Clot. Nucli de Dòrria: Camí del Bosc de Dòrria. Nucli de Fornells: Camí Artiga del davant. Camí de la Plana. Camí del Solà. Nucli de Toses: Camí de Pla de Carol. Camí del Pas del Vell. Camí de la Pedrera. 2º. Notificar el acuerdo al Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca, al Departamento de Medio Ambiente, al Consejo Comarcal del Ripollès, para que hagan la publicidad necesaria.

Habida cuenta que *en el procedimiento establecido para acordar limitaciones y prohibiciones que afecten a caminos de titularidad de los entes locales se prevé expresamente que el acuerdo debe ir precedido de previa consulta a la comisión comarcal correspondiente para que informe de las limitaciones y prohibiciones que se proponen* (artículos 8.2 de la Ley 9/1995, de 27 de julio, y 7.2 del Decreto 166/1988, de 8 de julio), es palmario que *no ha sido observado el procedimiento legalmente establecido, en un ámbito en el que, por establecerse limitaciones y prohibiciones a la libre circulación amparadas legalmente, debe extremarse el respeto de los trámites del procedimiento*.

Y si bien es cierto que el acuerdo plenario fue notificado al Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca, no obra en el expediente administrativo dato alguno relativo a la señalización y publicidad efectuada por dicho Departamento (artículos 8.3 de la Ley 9/1995, de 27 de julio, y 7.3 del Decreto 166/1998, de 8 de julio).

Junto a aquella inobservancia del procedimiento, que no se subsana por la mera comunicación posterior del acuerdo al Consejo Comarcal de Ripollès, debe añadirse el que *tampoco se ha acreditado la exigencia de que las limitaciones establecidas figuren en el inventario comarcal de caminos y pistas elaborados de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 11 del Decreto 166/1998, de 8 de julio*.

En este sentido, no puede compartirse la afirmación de la defensa del Ayuntamiento de Toses que el inventario de caminos y pistas es una actuación impuesta por la normativa al consejo comarcal y su naturaleza es la de un simple inventario, no tiene función dispositiva y no condiciona ni altera las competencias municipales, porque *el referido inventario, en el que constarán, entre otros datos, las limitaciones, prohibiciones o servidumbres que afecten a los caminos rurales y a los caminos y pistas forestales, se elabora por el consejo comarcal a propuesta de los municipios afectados, con audiencia de los titulares de los viales afectados, la comisión consultiva comarcal e información pública, y se aprueba, tras informe favorable de los ayuntamientos afectados, por el consejero del Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca, que se publica en el* Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya (artículo 11 del Decreto 166/1998, de 8 de julio).

Es evidente que, tratándose de una disposición reglamentaria que data de 1998, la inexistencia de ese inventario por falta de una propuesta por parte del Ayuntamiento de Toses, ente al que le corresponde realizarla, impide avalar la conformidad a derecho de un acuerdo adoptado en el año 2002, que establece el cierre de un considerable número de caminos incumpliendo la exigencia de que tales limitaciones figuren en el inventario comarcal de caminos y pistas (artículo 7.3 del Decreto 166/1998, de 8 de julio).

6.3. Daños al patrimonio municipal. Falta de audiencia al interesado

STSJC 887/2005, de 28 de noviembre de 2005

Se impugna la resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Vilanova del Camí por la que se requirió a la entidad actora para que procediese en el plazo máximo de quince días a la reparación del tramo de la calle Tintorers, de la expresada localidad, que resultó dañado como consecuencia de un escape de agua procedente de las instalaciones de la recurrente, ello con la advertencia de que, en caso contrario, se procedería a la ejecución subsidiaria de las obras de reparación, corriendo su importe a cargo de la actora.

El artículo 217 de la LBRL, así como los artículos 175 y 176 del Reglamento de patrimonio de las entidades locales, aprobado por el Decreto 336/1988, de 17 de octubre, tras establecer la obligación de indemnizar que corresponde a los particulares que, por fraude o negligencia, causen daños a los bienes de dominio público municipal, disponen expresamente que dichas responsabilidades serán sustanciadas y ejecutadas por vía administrativa. En consecuencia, *el Ayuntamiento de Vilanova del*

Camí se halla efectivamente facultado para determinar, a través del procedimiento adecuado, la existencia de responsabilidad derivada de los daños causados en el dominio público del municipio, así como el quantum *de la indemnización correspondiente, y proceder al cobro de dichas cantidades mediante el procedimiento ejecutivo*.

En otro orden de cosas, conviene recordar que esta sala ha declarado en diversas ocasiones (sentencias de 22 de diciembre de 1992, 21 de septiembre de 1994 y 30 de julio de 1998) que *uno de los trámites esenciales de este procedimiento es el de audiencia al interesado,* tal como dispone expresamente el artículo 176 del Reglamento de patrimonio de las entidades locales de Cataluña, que hace aplicación a este particular supuesto de lo establecido con carácter general en el artículo 84 de la Ley del procedimiento administrativo común. Como se dijo entonces, no puede olvidarse la trascendencia de este trámite de audiencia, aun cuando no se trata propiamente de la imposición de una sanción, ya que pretende determinarse en definitiva la existencia de una responsabilidad por daños, lo que requiere que se acredite adecuadamente la concurrencia de los elementos esenciales de aquélla, cuestión acerca de la que los interesados pueden aportar datos y consideraciones de indudable importancia.

En el caso de autos, el examen del expediente administrativo permite apreciar que la resolución impugnada se adoptó sin que previamente se otorgase a la actora el preceptivo trámite de audiencia, lo que determina por sí solo la invalidez de dicho acto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 63.2 de la LPAC, dado que la inobservancia de dicho trámite ha ocasionado la imposibilidad de que la actora formulase las alegaciones que estimase oportunas en vía administrativa, no sólo sobre la causa determinante de los daños producidos en la vía pública, sino también sobre el coste de las obras de reparación que debía asumir, con la consiguiente situación de indefensión.

Además de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que el expediente administrativo en el marco del cual se adoptó la resolución impugnada no contiene datos concluyentes que permitan imputar a la actora unos daños de la envergadura de los que son objeto de reclamación.

6.4. Cementerios. Límites temporales de las concesiones de uso de panteón

STSJC 5/2006, de 9 de enero de 2006

Se impugna el acuerdo adoptado por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Teià, que desestimó el recurso de reposición formulado contra el acuerdo por el que se autorizó el cambio de titularidad de la concesión de uso del panteón número 3 del cementerio municipal, a favor del recurrente.

En el escrito de demanda se solicita que se reconozca el derecho de uso a perpetuidad sobre dicho panteón, que adquirió en propiedad su antepasado, máxime cuando el propio Ayuntamiento de Teià ya había reconocido, con ocasión de una transmisión anterior acaecida en 1987, la condición de propietario del padre del recurrente.

La determinación de la naturaleza jurídica de los derechos constituidos sobre las sepulturas ubicadas en los cementerios municipales ha sido cuestión ampliamente debatida, si bien existe ya sobre la misma una doctrina jurisprudencial consolidada.

Como el Tribunal ha declarado en sentencia de 25 de septiembre de 2001, y han venido a confirmar las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2003 y 26 de mayo de 2004, *la cesión de sepulturas es un negocio jurídico concesional sobre el dominio público, de modo que tiene un carácter esencialmente temporal,* como se desprende de lo dispuesto en el artículo 79 del Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por Real decreto 1372/1986, de 13 de junio, y, en Cataluña, en el artículo 61 del Reglamento de patrimonio de las entidades locales, aprobado por el Decreto 336/1988, de 17 de octubre.

Respecto de las adquisiciones anteriores a la vigencia de dichos preceptos reglamentarios, a las que éstos no son de aplicación por carecer de eficacia retroactiva, la referencia a títulos de propiedad o adquisiciones a perpetuidad no supone una vigencia indefinida durante cientos de años. Por el contrario, ha de entenderse que *existe en todo caso el límite máximo temporal de 99 años, transcurrido el cual tendría lugar la prescripción inmemorial, lo cual no es admisible al tratarse de bienes de dominio público*.

7. Licencias

7.1. Uso común especial vía pública

7.1.1. Necesidad de motivación

STSJC 896/2005, de 29 de noviembre de 2005

En el recurso de apelación se examina la sentencia que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo, y anuló la resolución del Distrito de L'Eixample del Ayuntamiento de Barcelona, por la que se denegó al actor la licencia de uso común especial de la vía pública que había solicitado, y se dispuso la retroacción de lo actuado, a fin de que la corporación demandada dictase una nueva resolución debidamente motivada.

Como punto de partida para la resolución de la cuestión litigiosa, conviene recordar que *las autorizaciones administrativas responden a una amplia tipología, de modo que no todas ellas consisten en la mera remoción de los obstáculos que se oponen al libre ejercicio de un derecho preexistente del interesado, supuesto en el cual se predica de ordinario el carácter reglado de aquéllas,*

puesto que se trata simplemente de verificar la conformidad o disconformidad de lo solicitado con la normativa sectorial aplicable.

Por el contrario, la situación que se plantea *en el caso de las licencias de uso común especial de la vía pública es totalmente distinta, puesto que los particulares no ostentan un derecho a la ocupación del dominio público municipal. En consecuencia, no se trata de una autorización reglada que dependa sólo de la confrontación de la solicitud con las disposiciones aplicables, sino que la Administración deberá examinar caso por caso la procedencia de la ocupación de las vías públicas, a fin de hacer compatible el uso común especial que se solicita con la finalidad prioritaria de aquéllas, que no es otra que la de ser utilizadas con carácter general por parte del común de los ciudadanos*. En este sentido, resulta significativo que el artículo 48.2 de la Ordenanza sobre el uso de las vías públicas y los espacios públicos, aprobada el 27 de noviembre de 1998, predica el carácter discrecional del otorgamiento de este tipo de licencias.

Pues bien, *la Administración debe ponderar las circunstancias concurrentes en este supuesto, a través de una resolución debidamente motivada, tal como lo ha establecido la sentencia apelada. Sin embargo, no cabe declarar directamente el derecho del actor a la obtención de la sentencia solicitada, puesto que la terraza que pretende instalar afecta a determinados elementos del mobiliario urbano, que pueden comportar una limitación de su uso por parte de los ciudadanos*.

7.1.2. No existe un derecho absoluto e indiscriminado a la ocupación del dominio público mediante la modalidad de uso común especial

STSJC 82/2006, de 19 de enero de 2006

El recurso de apelación se interpone contra la sentencia que desestima el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución de la Alcaldía que acuerda que delante del establecimiento de hostelería sólo es posible conceder licencia de aprovechamiento especial de la vía pública para cuatro veladores anuales en lugar de los ocho solicitados.

El uso común especial es compatible con un aprovechamiento concurrente y colectivo del dominio público, en tanto en cuanto no deja de ser uso común. Sin embargo, tampoco debe olvidarse que el mismo se sujeta a la obtención de licencia o autorización administrativa, entre otras consideraciones, por razones de intensidad de uso, tal como se deduce del artículo 56.2 del Reglamento de Cataluña de patrimonio de los entes locales (Decreto 336/1988, de 17 de octubre).

Que la Administración demandada haya limitado el número de veladores a los que se puedan instalar en la fachada del establecimiento del que es titular la actora y no a los que, con la oposición expresa del titular del local colindante, estaban instalados en su fachada, modificándose las condiciones en las que fue concedida, no puede considerarse como una medida desproporcionada que rebase la discrecionalidad de la que goza aquélla, por cuanto que el titular de la finca colindante no tiene obligación de admitir frente a la fachada de su establecimiento la instalación de veladores que puedan perjudicar su negocio, más aún cuando la Administración autoriza la instalación de veladores en la fachada del bar de la recurrente.

STSJC 238/2006, de 13 de marzo de 2006

En el mismo sentido que la sentencia anterior, se dice que en las licencias como la de autos, el Tribunal ha venido determinando que *hay una derogación al principio de generalidad a favor de un particular, cuando en una calle o plaza pública se permite que el dueño de un bar sitúe unas mesas y unas sillas para la atención de sus clientes. Estos usos son contrarios a su finalidad primaria. Si se admiten es porque la contradicción no es grave. Pero la necesidad de controlar que es compatible este uso con el general, al que el bien está primordialmente afectado, explica que solo pueda nacer de un acto expreso de la Administración, acto en que ésta valora la oportunidad y conveniencia de su otorgamiento. Este otorgamiento, por tanto, no es reglado sino discrecional y hay que convenir que el conjunto de circunstancias sustentan de modo significativo el margen de discrecionalidad en el que se desenvuelve la Administración al denegar la petición*.

Por otro lado, conviene recordar que no es posible hablar de derechos adquiridos sobre el dominio público (STS de 26 de febrero de 1990, 21 de septiembre de 1993 y 30 de noviembre de 1995, entre otras), lo que explica la temporalidad de las mencionadas autorizaciones que recaen sobre el dominio público, si bien ello no supone conferir potestades omnímodas a la Administración, porque la apreciación de ese interés público siempre será fiscalizable, además de que la autorización concedida sobre el dominio público también podrá proporcionar una protección jurídica al beneficiario, aunque menos intensa que en aquellas otras situaciones jurídicas en las que pudiera admitirse la existencia de derechos preexistentes y, por tanto, de autorizaciones regladas (STS de 20 de diciembre de 1993).

8. Alteración de términos municipales

8.1. Denegación de segregación para constitución de nuevo municipio. Incumplimiento de los requisitos legales

STSJC 129/2006, de 3 de febrero de 2006

Se impugna el Decreto 66/2003, de 4 de marzo, por el que se denegó la segregación de una parte del término municipal de Sant Julià de Ramis para constituir un nuevo municipio con la denominación de Medinyà.

En cuanto se refiere a la concurrencia de los requisitos exigidos para la constitución de un nuevo municipio por segregación en el artículo 15 de la LMC, modificado por la Ley 13/1998, *no se dan los previstos en los apartados a) y d) de dicho precepto, puesto que no existe una franja clasificada como suelo no urbanizable, de una anchura igual o superior a los 3.000 metros, entre los núcleos más próximos de los municipios resultantes. Del mismo modo, el nuevo municipio de Medinyà contaría con una población inferior a los 2.000 habitantes, por lo que tampoco se cumple el segundo de los requisitos antes enunciados*.

Con lo expuesto, bastaría para desestimar la pretensión de la parte actora, habida cuenta que *los requisitos del artículo 15 a que se ha hecho referencia son cumulativos, es decir, que han de concurrir todos y cada uno de los que exige el precepto*. Sin embargo, cabe añadir que en los dictámenes periciales practicados a instancia de la actora se examina la suficiencia de los recursos económicos con que contaría el nuevo municipio de Medinyà, o sea, el requisito previsto en el artículo 15.1.b) de la Ley municipal y de régimen local, pero no se justifica que la segregación haya de comportar una mejora objetiva en la prestación de los servicios en el nuevo municipio, como lo exige además el artículo 15.2 de dicha Ley, más allá de una mera referencia genérica a la mayor proximidad del Ayuntamiento que ello comportaría.

8.2. Aprobación de alteración parcial de términos municipales. Concurrencia de los requisitos exigidos

STSJC 642/2005, de 25 de julio de 2005

Se impugna el Decreto 129/2002, de 30 de abril, del Govern de la Generalitat, "por el que se aprueba la alteración de los términos municipales de El Pla del Penedès y de Puigdàlber".

Tras un detenido examen de las infracciones procedimentales invocadas por el Ayuntamiento de El Pla del Penedès que el Tribunal rechaza, relativas a la intervención de la Secretaría, de la presunta incompatibilidad del alcalde de Puigdàlber, y de la inexistencia de documentos e informes, se afirma que la resolución de segregación parcial, plasmada en el Decret 129/2002, de 30 de abril, tiene como antecedente un convenio suscrito por los dos ayuntamientos enfrentados en este proceso, en fecha tan lejana como el 25 de abril de 1975, a partir del cual el Ayuntamiento de Puigdàlber ha venido prestando a los vecinos de los barrios de Mas Moner y L'Empalme los servicios de competencia municipal, en sustitución del Ayuntamiento de El Pla del Penedès, de forma que lo acordado por el Govern de la Generalitat mediante el Decreto impugnado, no constituye sino la confirmación legal de una situación de hecho, cuya viabilidad ha demostrado el transcurso del tiempo.

Concurren en definitiva en este caso, por un lado, la continuidad urbana entre el entramado de calles de dichos barrios, y el núcleo de población de Puigdàlber, frente a la distancia de 2,5 kilómetros que les separa del núcleo de población de El Pla del Penedès; y por otro, en directa relación con lo anterior, las consideraciones de orden geográfico, económico y administrativo, que aconsejan la definitiva agregación de dichos barrios al primer núcleo de población, con el que vienen compartiendo servicios desde 1975; suponiendo todo ello, el cumplimiento de las previsiones legales aplicables al caso, contempladas en el artículo 13.1 en relación con el artículo 14 de la LMC y artículo 14 del Decreto 140/1988.

9. Dominio público marítimo-terrestre. Servicios de temporada. Infracciones. Responsabilidad del municipio. No alcanza al canon dejado de satisfacer

STSJC 949/2005, de 14 de diciembre de 2005

Se impugna la resolución del jefe del Servicio Provincial de Costas de Tarragona, de la Dirección General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente, por la que se acordó imponer al Ayuntamiento de Cambrils una multa de 10.070,63 euros, y la obligación de devolver el beneficio ilícito obtenido con las instalaciones objeto de la sanción, que se establece en la cantidad de 32.056,46 euros, por haber permitido un exceso de ocupación de dominio público marítimo-terrestre de superficies máximas autorizadas a dicho Ayuntamiento para servicios de temporada en ese término municipal.

La autorización de la explotación de los servicios de temporada cuestionados fue concedida por el Servicio Provincial de Costas de Tarragona al Ayuntamiento de Cambrils, por lo que éste devino responsable del buen fin de la autorización concedida en la extensión que se contempla en el artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LPAC), como titular y explotador de los mismos, sin perjuicio de su gestión indirecta, dada su responsabilidad solidaria.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 93.a) de la Ley 22/1988, de costas, en el caso de incumplimiento de las condiciones de un título administrativo es responsable de la infracción el titular de éste, estando debidamente probados en el expediente administrativo los hechos imputados, que aparecen suficientemente descritos en la resolución sancionadora, que contiene la necesaria motivación para comprender el sentido de la decisión administrativa.

Así, pues, *el Ayuntamiento de Cambrils, como titular de la autorización y responsable, solidario en el caso de gestión indirecta, del cumplimiento de los fines públicos afectados, como Administración más próxima, viene obligado, por el principio de eficacia* contemplado en los artículos 103.1 de la Constitución y 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la vigilancia del cumpli-

miento de lo autorizado. *En la medida que no resulta acreditada la diligencia en el control de lo autorizado normativamente requerida, cuando era posible prever que se produjese la conducta ilícita de los establecimientos que ocupan –y explotan– mediante gestión indirecta el dominio público marítimo-terrestre, incumbe al promotor del plan de usos, el Ayuntamiento, el deber de vigilancia para evitar la comisión de actos lícitos, y ante su ausencia el Tribunal entiende que el Ayuntamiento deviene responsable del incumplimiento acreditado.*

Respecto de la obligación de devolver el beneficio ilícito obtenido con las instalaciones objeto de la sanción que se establece en la cantidad de 32.056,46 euros, por haber permitido un exceso de ocupación de dominio público marítimo-terrestre de superficies máximas autorizadas, conviene precisar que *la razón de ser del principio recogido en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no es de aplicación al caso de autos porque la tasa municipal cobrada lo fue por los metros cuadrados autorizados, no por el exceso de ocupación. La corporación no obtuvo por ello ningún beneficio extra, a diferencia de los propietarios y regentes de los establecimientos en que se produce el exceso de ocupación que son los naturales sujetos pasivos de esa obligación de abonar el canon correspondiente a los metros cuadrados ocupados y no autorizados.*

En el mismo sentido, STSJC 52/2006, de 12 de enero de 2006.

10. Contratación administrativa

10.1. Contrato privado. Ejecución de obra en la que no es parte el ayuntamiento. Incompetencia de jurisdicción

STSJC 834/2005, de 2 de noviembre de 2005

El recurso versa sobre el incumplimiento por el Ayuntamiento de El Vendrell de la obligación de pago consistente en la liquidación de las obras del colector del sector Francàs, por importe de 13.414.253 pts., más los intereses legales, que fue aprobada por la Comisión de Gobierno de dicho Ayuntamiento, y cuyo cumplimiento fue reclamado por instancia presentada en el registro municipal el día siguiente.

La obligación de pago que se reclama trae causa del convenio suscrito entre la representación del Ayuntamiento de El Vendrell y diversos promotores y propietarios con la finalidad de construir el colector de aguas residuales de la zona costera Port Francàs - Calle Goya de Coma-ruga. Mediante este convenio, el Ayuntamiento dispensaba de la obligación de los particulares de construir un colector propio de cada urbanizador o propietario, y sustituye dicha obligación por la de asumir como obra de urbanización la construcción del Colector de Port Francàs - Calle Goya prevista en el Plan General de Ordenación Urbana y, por tanto, contratar la realización de la misma y satisfacer al contratista en la proporción que le corresponda de acuerdo con los criterios de distribución de costes que el Servicio de Urbanismo del Ayuntamiento elaboró en su momento.

En definitiva, *el Ayuntamiento encomienda a la iniciativa privada la ejecución del proyecto para la construcción del colector de aguas residuales, encauzándola, dirigiéndola y fiscalizándola a través de unos pactos que conviene con los interesados. En virtud de esos pactos, se obliga a los promotores y propietarios intervinientes a construir el citado colector general, a contratar la realización de las obras (con la empresa que libremente designen), a satisfacer los gastos y a finalizar la obra y entregarla al Ayuntamiento de El Vendrell en un término de noventa días (entre otras obligaciones). El pacto sexto faculta exclusivamente al alcalde para autorizar el pago de las certificaciones de obra, una vez aprobadas por la Comisión Permanente a la vista del informe que emite el técnico de Urbanismo, y ello con cargo a la cuenta corriente que se nutre con las aportaciones de esos promotores y propietarios.*

A su vez, el pacto séptimo consigna que las partes formalizarán un contrato civil de obras por el que se regirán los deberes y obligaciones recíprocos.

En fecha 20 de julio de 1984, *se firma el referido contrato de obras entre los promotores y propietarios firmantes del convenio y el representante legal de la aquí actora, recogiéndose entre sus pactos el importe total de la obra, su financiación con cargo a los fondos depositados previamente en la cuenta corriente por aquellos promotores y propietarios, plazo de ejecución, necesidad de aprobación municipal de las certificaciones de obra, autorización exclusiva del alcalde para retirar fondos de la cuenta corriente, obligación de presentación de aval bancario por parte del contratista en garantía de vicios ocultos y sumisión a la jurisdicción de los órganos judiciales de El Vendrell para resolver las divergencias sobre interpretación, contenido y cumplimiento del contrato.*

Es indudable que aquí se ejecuta una acción *ex contractu*, bien se dirija la pretensión contra el Ayuntamiento en calidad de obligado al pago o de único autorizado a detraer los fondos depositados para hacer frente al pago de la obra. Se trata de un *contrato de ejecución de obra en el que no es parte el Ayuntamiento, aunque en estrecha relación con el convenio firmado por esta Administración y los arrendadores de la obra que se encarga a la entidad mercantil aquí actora. Por ello, el referido contrato civil aparece coloreado fuertemente por la intervención de un tercero (la Administración) que vigila por la perfecta ejecución de la obra que en su día deberá ser puesta a su disposición. Pero ello no altera la naturaleza privada del contrato, aunque se pueda discutir el artificioso sistema que se crea en el convenio y el contrato posterior para la realización de un proyecto*

urbanístico. Como señala el artículo 1598 del Código civil, cuando se conviniere que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario, se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente y si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará a lo que éste decida. Y esto es lo que ocurre en el caso de autos.

10.2. Falta de legitimación para impugnar la adjudicación. Las cuestiones relativas a la adjudicación no inciden en la esfera jurídica del administrado

STSJC 615/2005, de 14 de julio de 2005

Se impugna el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Mediona, que desestimó el recurso de reposición formulado contra el acuerdo por el que se adjudicó definitivamente el contrato de gestión del servicio municipal de agua potable, en régimen de concesión administrativa.

El actor impugna el acuerdo municipal de adjudicación de un contrato administrativo, por el hecho de que no se respetó el procedimiento legalmente previsto, al haberse acudido al procedimiento negociado, en lugar de convocarse un concurso, como se establece con carácter general en el artículo 159.1 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP).

Cualquiera que sea la valoración que merezca una actuación como la descrita, lo cierto es que *el recurrente no ve afectada por el acuerdo impugnado su esfera de derechos e intereses. Dicho de otro modo, no puede considerarse que el actor haya de obtener clase alguna de beneficio o pueda evitar un perjuicio mediante la estimación del presente recurso. En definitiva, el objeto del proceso le resulta ajeno, puesto que la adjudicación del contrato de autos incide de manera exclusiva en la esfera jurídica del contratista y de la corporación municipal*.

El recurrente aduce que su interés en el objeto del presente recurso se concreta en el incremento del coste del agua que le es suministrada para el desarrollo de sus actividades agrícolas y ganaderas, que ha derivado de la adjudicación del contrato de autos, y que pretende conseguir que asuma la prestación del servicio de abastecimiento de aguas una empresa que ofrezca mejores condiciones económicas a los usuarios del mismo.

Sin embargo, lo cierto es que *el recurrente no ha acreditado que la adjudicación del presente contrato haya supuesto un régimen tarifario distinto y más desfavorable del que se aplicaría normalmente por parte de otras compañías suministradoras. Por otra parte, debe considerarse que las normas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos tienen por finalidad asegurar una adecuada concurrencia, que garantice la participación de los empresarios interesados, de modo que en términos generales se limita la legitimación para impugnar dichos procedimientos a los interesados en tomar parte en los mismos, no bastando la mera condición de vecino y usuario para ostentar la condición de interesado*. Dicha condición no puede extenderse, respecto del actor, a los procedimientos de adjudicación del contrato de autos, puesto que, como antes se ha dicho, las cuestiones relativas a la adjudicación del mismo no inciden en la esfera jurídica del actor y le son ajenas.

10.3. Subsanación de defectos en relación con la documentación a presentar

STSJC 276/2006, de 24 de marzo de 2006

Se impugna el acuerdo adoptado por la Diputación Provincial de Girona, mediante el cual se adjudicó en concurso público el contrato de diseño y realización de páginas web para municipios de menos de 5.000 habitantes.

El principal vicio procedimental que se denuncia es la *posibilidad que se concedió al adjudicatario de subsanar los defectos relativos a la documentación que se debía presentar* en el sobre núm. 1 (cláusula 10 del pliego regulador del contrato convocado), a saber, *que la fianza provisional estaba representada por un talón sin conformidad bancaria, y que no se aportó la escritura de constitución de la sociedad sino tan sólo la de modificación, lo que impedía conocer su objeto social*.

Pues bien, cabe coincidir con los informes que obran en el expediente administrativo y que recoge la resolución impugnada en el sentido de que esos defectos "no tienen la consideración de infracción de requisitos, no afectan al fondo sino a la forma, y se entiende posible y viable la acreditación, por lo que i en aplicación de los criterios antiformalistas, de flexibilidad y de limitación de exclusiones en defensa del interés público, considera procedente otorgar a la empresa afectada la opción de la posibilidad de enmienda". En la misma línea, las sentencias y dictámenes de la Junta Consultiva que se mencionan en dichos informes.

Por lo demás, *esa subsanación está prevista en las cláusulas 14 y 15 del pliego* cuando recogen que "si la mesa observase defectos materiales en la documentación presentada, concederá un plazo de tres días hábiles, para que el licitador subsane los errores o defectos observados"; y que "dentro de los tres días hábiles siguientes al día en que se haya realizado el acto de apertura de plicas o proposiciones [...] los presentadores de las proposiciones rechazadas podrán exponer por escrito, ante la corporación, todo lo que consideren conveniente respecto [...] las causas de exclusión de las proposiciones", resolviendo lo procedente el órgano de contratación. Y esto es lo que ha ocurrido en el caso de autos.

Según el artículo 81.2 del Reglamento de ejecución de la Ley de contratos, *si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada concederá un plazo de tres días hábiles para que los licitadores corrijan o subsanen*.

Ciertamente *es subsanable la falta de presentación de la escritura de constitución cuando se presenta por error una posterior de modificación, y también lo es la acreditación de la garantía provisional en la forma insuficiente que se hizo*, artículo 35.1.a) de la Ley y 61.1.a) del Reglamento, máxime tratándose de un valor reducido.

10.4. La documentación no presentada se refiere a uno de los criterios de valoración. No procede requerimiento de subsanación

STSJC 171/2006, de 21 de febrero de 2006

La resolución que se impugna es la dictada por el concejal delegado del Área de Planeamiento Urbanístico y Servicios Técnicos del Ayuntamiento de Sant Adrià del Besòs, por la que acordó "desestimar el recurso presentado por (la actora), mediante escrito de 15 de enero de 2003, en relación con el concurso convocado para adjudicar las obras incluidas en el proyecto de instalación, canalización y alimentación eléctrica en el pabellón polideportivo del Besòs, en base a los informes de la Secretaría y del ingeniero municipal".

Se alega que la actora no acompañó con la documentación mediante la que formalizó su oferta, la correspondiente a "referencias" o acreditación de la experiencia profesional, contemplada como criterio de valoración en el artículo 18 del pliego de cláusulas administrativas, y que ello, por constituir un "defecto formal", debió ser objeto de requerimiento de subsanación por parte de la mesa de contratación, conforme a lo previsto en el artículo 71.1 de la LPAC y en el artículo 8.2 del pliego de cláusulas administrativas del concurso. El motivo debe desestimarse.

En efecto, *la previsión de subsanación del artículo 71.1 de la Ley 30/1992 se refiere a los documentos "exigidos" y "preceptivos", esto es, en este caso, los necesarios para concurrir válidamente a la licitación, cuya ausencia debe tenerse como "defecto formal" en los términos del artículo 8.2 del pliego de cláusulas administrativas. Sin embargo, la documentación que, al parecer por error, dejó de presentar la actora, se refería a uno de los criterios de valoración contemplados en el artículo 18 de dicho pliego (las "referencias"), y como tal, no era preceptiva ni obligada, sino que era opción de la actora decidir cómo y mediante qué documentos acreditaba, o no, sus méritos en relación con dicho criterio de valoración*.

Así pues, no competía a la mesa de contratación requerir de la actora subsanación ninguna en relación con dicha documentación, sino que conforme a las previsiones del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), debía resolver el concurso atendiendo a la proposición más ventajosa en su conjunto, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el pliego (artículo 74.3 del TRLCAP), en base al contenido de las proposiciones, secretas hasta el momento de la apertura de plicas (artículo 79.1 del TRLCAP), presentadas "en tiempo y forma" (artículo 88.1 del TRLCAP), *sin que* conforme a tales previsiones legales, *fuera posible a la actora completar su oferta, mediante la presentación extemporánea de las "referencias", una vez conocida la adjudicación a un tercero, debiendo por todo ello la actora asumir las consecuencias de su propio error*.

Se colige de lo antedicho que la puntuación de la actora, en lo que se refiere al criterio b) de valoración previsto en el artículo 18 de pliego, tan sólo podía ser de cero puntos, por ausencia de toda acreditación de "referencias" en el momento en que la mesa de contratación decidió la adjudicación, a la vista del contenido sustantivo de las plicas presentadas.

10.5. Superación del límite de variantes permitidas

STSJC 128/2006, de 2 de febrero de 2006

Se impugna el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Rubí por el que se adjudicó definitivamente la concesión administrativa del servicio de recogida de las diversas fracciones de los residuos municipales, de limpieza viaria y otros servicios complementarios.

El Tribunal considera que concurre un motivo de anulación como es el relativo a la *superación del límite de variantes permitidas por el apartado 16 del pliego de cláusulas administrativas particulares*.

Sobre este particular, debe tenerse en cuenta que la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, vino a alterar sustancialmente el régimen contenido en la redacción inicial de la Ley de contratos de las administraciones públicas sobre la admisibilidad de variantes. En tanto esta última disponía que el órgano de contratación podía tomar en consideración las variantes o alternativas que ofreciesen los licitadores, cuando las mismas respondiesen a requisitos y modalidades de su presentación señalados en el pliego de condiciones, debiendo hacerse constar expresamente en el pliego cuando no se autorizasen aquéllas, la nueva redacción del artículo 88 de dicha Ley (hoy el artículo 87 del Texto refundido) ha venido a establecer el principio contrario, a cuyo tenor sólo pueden tomarse en consideración dichas variantes cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad. La infracción de esta norma se sanciona en el artículo 81 de la propia Ley (hoy en el artículo 80 del Texto refundido), cuando afirma que, en tal caso, no se admitirá ninguna de las propuestas formuladas por el licitador que haya obviado la prohibición.

En este supuesto, la citada cláusula 16 del pliego de condiciones disponía que *los licitadores podían presentar hasta dos variantes en relación con los elementos que para cada servicio concreto descrito en el pliego de condiciones económicas y técnicas así estuviese previsto*.

La empresa adjudicataria presentó una oferta base, dos variantes y diez accesorias, de modo que se superó manifiestamente el límite previsto en el pliego de condiciones.

En el mismo sentido, STSJC 136/2006, de 9 de febrero de 2006.

10.6. Mesa de contratación. Relevancia

STSJC 128/2006, de 2 de febrero de 2006

El Tribunal pone de manifiesto el *carácter esencial que desempeña la mesa de contratación en los procedimientos abierto y restringido, que tiene como finalidad la asistencia al órgano de contratación, el cual debe motivar expresamente su decisión cuando se aparte del contenido de la propuesta formulada por la mesa,* a tenor de lo dispuesto en el artículo 81 del TRLCAP.

En el supuesto examinado, se desprende del expediente administrativo que, ciertamente, la mesa de contratación no ha desempeñado un papel relevante en el procedimiento de adjudicación, puesto que sólo aparece documentada su intervención en el momento de apertura de las plicas y al elaborar la propuesta de adjudicación.

Por sí solo, este hecho no tendría un efecto invalidante del acuerdo municipal impugnado, siempre que constase que la mesa de contratación ha hecho propios los informes técnicos que han servido de base para la adjudicación del contrato, que siempre puede solicitar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81.2 del TRLCAP.

Ahora bien, del contenido del expediente administrativo se deduce una *infracción relevante del procedimiento de adjudicación, que vicia de invalidez el acuerdo* recurrido. En efecto, *la propuesta que fue sometida a la consideración del Pleno del Ayuntamiento no es la emanada de la mesa de contratación, sino la que elaboró el IMMA en fecha 25 de octubre de 2001, que modifica su informe anterior del 18 del mismo mes y año, el cual fue acogido por la mesa en su reunión de esta misma fecha. En definitiva, la secuencia de los hechos conduce de modo indiscutible a la conclusión de que la mesa de contratación, en base al informe del IMMA de 18 de octubre de 2001, propuso al Pleno la adjudicación del contrato en base a un presupuesto anual de 549.353.037 pesetas, en tanto que se sometió al plenario una propuesta distinta, formulada por el IMMA el 25 de octubre siguiente, por un presupuesto de 561.099.404 pesetas anuales*.

En tales condiciones, no cabe sino concluir que se ha conculcado el procedimiento legalmente establecido, puesto que *la mesa de contratación se ha visto privada de su papel de asistencia al Pleno municipal, desde el momento en que no se ha sometido a éste último su propuesta, sino la elaborada posteriormente por el IMMA*. Como consecuencia de ello, *el órgano de contratación se ha apartado de la propuesta de la mesa sin que medie motivación alguna, lo que supone la vulneración de lo dispuesto en el artículo 81.3 del TRLCAP.*

10.7. Mesa de contratación. Falta de designación. Constitución por un número inferior de miembros a lo previsto

STSJC 243/2003, de 13 de marzo de 2006

Se impugna la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición planteado contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Sant Fost de Campsentelles por el cual se adjudicó el concurso para la gestión indirecta del servicio de suministro de agua potable y alcantarillado.

Pone de manifiesto el Tribunal que la mesa de contratación en ningún momento fue designada, así como que estaba constituida por un número inferior de miembros al previsto.

El artículo 277 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, determina la composición de la mesa de contratación, debiendo formar parte el presidente de la corporación o miembro en quien delegue, el secretario, así como los vocales determinados en las ordenanzas de contratación, o en su defecto, por el órgano de contratación.

El artículo 78 del pliego dispone que "La mesa de contratación estará constituida por el alcalde o por el concejal en que delegue, que actuará como presidente, dos vocales (concejales de la corporación), el gerente del Ayuntamiento y el secretario de la corporación o funcionario en que delegue, que, además, actuará como secretario de la mesa y dará fe tanto de su constitución como del acto de apertura. *El nombramiento de los miembros de la mesa de contratación se hará por el órgano de contratación al aprobar la apertura del procedimiento de licitación".*

No ha quedado demostrado que los miembros de la mesa fuesen nombrados por el Pleno, sino que como resulta del acta de apertura de plicas, de 28 de junio de 2002, se constituyó dicho órgano consultivo sin designación previa, y sin que el actor pudiese impugnar tal extremo hasta después de la adjudicación, ya que el acuerdo de 30 de julio de 2002 fue el siguiente acto administrativo adoptado tras la formación de la mesa de contratación, órgano que adolecía tanto de la falta de nombramiento de sus componentes personales, como de la existencia de un miembro necesario en virtud del artículo 78 del pliego: un concejal.

La infracción de las normas mencionadas produce efectos invalidantes en los acuerdos adoptados por el Pleno.

10.8. Consignación presupuestaria. Momento determinante

STJSC 571/2005, de 1 de julio de 2005

Se impugna el Decreto del Alcalde de Sant Cugat del Vallès, que desestima el recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Organismo Autónomo Municipal de Gestión Tributaria (OAMGT), que acuerda, entre otros extremos, declarar válido el acto licitatorio para la adjudicación de los servicios informáticos de asistencia y colaboración en la gestión de los tributos y otros ingresos municipales, y aprobar la adjudicación del contrato.

Frente al alegato de que el acuerdo de la Junta de Gobierno del OAMGT se adoptó sin contar con la oportuna *consignación presupuestaria* y prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido, el Tribunal considera que no es posible compartirlo ya que *si bien es cierto que los actos anteriores a la adjudicación del contrato se verificaron sin la oportuna consignación presupuestaria no lo es menos que la consignación presupuestaria se produjo el día 1 de marzo de 2002, fecha de la publicación en el* Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona *del Presupuesto General del Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès, donde se incluye el OAMGT, esto es, con anterioridad al acuerdo de adjudicación del contrato*. No se da, por tanto, el supuesto de nulidad de pleno derecho del contrato por la carencia o insuficiencia del crédito, de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la Ley general presupuestaria y las demás normas de igual carácter de las restantes administraciones públicas sujetas a la Ley de contratos de las administraciones públicas [artículo 62.c) del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el TRLCAP], que debe circunscribirse a los supuestos de adquisición de compromisos de gastos para contratos sin la debida consignación presupuestaria, extremo que no se da en el supuesto examinado ya que *el compromiso, que no la autorización, se adquiere con anterioridad a la adjudicación de contrato, que es el momento determinante al que debe atenderse* tal como afirma la STS de 14 de mayo de 1999.

10.9. Actos dictados por órgano distinto al de contratación. Nulidad

STSJC 154/2006, de 14 de febrero de 2006

Se impugna la desestimación por efectos del silencio del recurso de reposición formulado contra la resolución dictada por el alcalde de El Masnou en la cual se imponían penalidades, se desestimaba la petición de indemnización de daños y perjuicios causados a la demandante por la suspensión del inicio de la obra y por demora imputable al Ayuntamiento, y se denegaba la prueba propuesta.

Se sostiene que el acto impugnado es *nulo de pleno derecho por haber sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente*, el alcalde, cuando la atribución de la imposición de penalidades le corresponde al Pleno, por ser el órgano de contratación.

El artículo 21.1.l) de la Ley 7/1985, de 2 de abril (LBRL), en la redacción vigente en la fecha de adjudicación del contrato, el 17 de septiembre de 1998, establecía que el alcalde ostenta la competencia de "Contratar obras y servicios siempre que su cuantía no exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios de su Presupuesto ni del cincuenta por ciento del límite general aplicable a la contratación directa, con arreglo al procedimiento legalmente establecido". El artículo 50 del ROF, aprobado por el Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, señala como competencia del Pleno "La contratación de obras, servicios y suministros cuya duración exceda de un año o exija créditos superiores a los consignados en el Presupuesto anual de la entidad y la aprobación de pliegos de condiciones generales a que deban sujetarse los contratos de la corporación".

Lo cierto es que el contrato fue adjudicado mediante acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de El Masnou erigiéndose como órgano de contratación.

El artículo 60.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas (aplicable al presente supuesto en virtud de la disposición transitoria 1 del TRLCAP, aprobada por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio), dispone que el *órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta*.

La corporación demandada considera que la imposición de penalidades no está recogida en el ROF como competencia del Pleno, correspondiendo al alcalde, en virtud de la cláusula residual del artículo 21.1.n) de la LBRL.

Al margen de que la contratación de las obras propiamente dicha fuere o no competencia del alcalde, el *contrato fue adjudicado por el Pleno del Ayuntamiento, y desde entonces le correspondían las atribuciones recogidas en el artículo 60 de la Ley de contratos*.

Tanto la imposición de penalidades al adjudicatario por demora en la ejecución, como el resarcimiento de perjuicios al contratista derivados de una pretendida responsabilidad del Ayuntamiento se incardinan en el concepto de "dudas que ofrezca el cumplimiento del contrato", cuya prerrogativa correspondía al Ayuntamiento, y su ejercicio era competencia del Pleno, por haberse constituido como órgano de contratación.

Por ello, el motivo debe ser estimado**,** ya que *el alcalde de El Masnou era órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia para resolver acerca de la imposición de penalidades al contratista, así como para decidir sobre si procedía o no indemnizarle por la demora, en virtud de los artículos anteriormente citados y en aplicación del artículo 62.1.b) de la LPAC*.

10.10. La adjudicación de la subasta a la proposición más ventajosa es nula

STSJC 156/2006, de 14 de febrero de 2006

Se impugna la resolución dictada por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Montmeló, que desestimó el recurso de reposición formulado contra la resolución en la que se adjudicó el contrato de obras Urbanització Sector Nord.

La cláusula VII del pliego establece que "El órgano competente de la corporación efectuará la adjudicación definitiva del contrato a la proposición más ventajosa, de acuerdo con la propuesta de la mesa de contratación, sin atender exclusivamente a la oferta económica".

La Comisión de Gobierno adjudicó el contrato de obras a la entidad propuesta por la mesa, que no atendía a la proposición más ventajosa, sin más justificación.

Tanto la mesa como el órgano de contratación acomodaron su proceder a la cláusula VII del pliego de condiciones, pero el Tribunal analiza si dicha cláusula –y por ende, la actuación de tales órganos– resulta o no conforme a Derecho, a fin de poder determinar si el acto administrativo impugnado es nulo y/o anulable.

El artículo 4 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el TRLCAP, dispone –al igual que el artículo 256.1 de la Ley 8/1987, de 18 de abril (LMC)– que la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla.

Los pactos contenidos en los pliegos de condiciones o de cláusulas particulares no revisten la naturaleza de normas del ordenamiento jurídico (STS de 24 de octubre de 2000), teniendo como límite el respeto a las exigencias de derecho necesario que es indisponible para las partes (STS de 11 de mayo de 2004).

El expediente de contratación examinado estableció el procedimiento abierto de adjudicación, con forma de subasta.

La STS de 2 de julio de 2004 determina, en cuanto a la *subasta*, que:

"el citado sistema de adjudicación de los contratos de obras ha girado siempre, artículo 75 de la LCAP, vigente al tiempo de la actuación enjuiciada, artículo 74 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, en la redacción vigente como consecuencia de la refundición en un solo texto del contenido de la Ley 13/1995, de 19 de mayo, y su importante reforma operada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, reforma de aquélla, o artículo 31 de la Ley de contratos del Estado de 8 de abril de 1965, sobre un mecanismo automático, como es que el contrato se adjudica al licitador que ofrece el precio más bajo a partir de un tipo de referencia expresado en dinero.

"Es, pues, un acto estrictamente reglado, sin elemento alguno de discrecionalidad, en el que la adjudicación se atribuye al proponente que hubiere presentado la oferta económica más ventajosa tras haber cumplido los requisitos exigidos para poder tomar parte en el procedimiento convocado.

"Adjudicación que tendrá lugar tras el más absoluto respeto de los principios de publicidad (artículo 79 de la LCAP), competencia e igualdad de oportunidades (artículos 80, 81 y 83 de la LCAP) en la que la racionalidad invocada por la recurrente no desempeña papel alguno. Sí, en cambio, es esencial el principio de legalidad que exige respetar el procedimiento legal y reglamentariamente establecido en las normas de contratación."

El artículo 74 de la TRLCAP establece que:

"1. Tanto en el procedimiento abierto como en el restringido la adjudicación podrá efectuarse por subasta o por concurso. *2. La subasta versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquél, oferte el precio más bajo*."

Sin embargo, la cláusula VII no sometía la decisión de la mesa a la oferta económicamente más baja, sino al criterio subjetivo consistente en "la proposición más ventajosa, de acuerdo con la documentación aportada y el informe valorativo de los servicios técnicos", vulnerando el artículo 278.1 de la LMC 8/1987 y el artículo 74.2 del TRLCAP.

El artículo 82.1 del TRLCAP exige que la apertura de las ofertas y la propuesta de adjudicación se realicen en acto público, siendo norma básica por mor de la disposición final primera.

La cláusula VII aplazaba la propuesta de adjudicación a un acto de la mesa posterior al de la apertura de plicas, sin requerir que la reunión fuese pública, infringiendo dicho precepto.

El artículo 61 del TRLCAP recoge que los contratos regulados en la mencionada Ley serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación por concurrir en los mismos alguna de las causas de Derecho administrativo o de Derecho civil a que se refieren los artículos siguientes, mientras que el artículo 63 del TRLCAP realiza una enumeración de las causas de anulabilidad de Derecho administrativo, entre ellas, esencialmente, las indicadas en el artículo 63 de la LPAC.

Tanto la propuesta de la mesa realizada en un acto no público y a favor de la propuesta que los técnicos consideraron más ventajosa (por la experiencia de la adjudicataria en el sector, no por ser la económicamente más baja), como la adjudicación efectuada por la Comisión de Gobierno son actos administrativos que infringen los preceptos legales que regulan las subastas (encubriendo un concurso sin garantía de objetividad y seguridad jurídica), todo ello de acuerdo con el artículo 63.1 de la LPAC.

10.11. Modificaciones. Reducción de obra. Minoración de la garantía prestada

STSJC 275/2006, de 24 de marzo de 2006

Se impugna la resolución del Ayuntamiento de Sant Quirze del Vallès desestimatoria de la reclamación por incumplimiento contractual interpuesta por la recurrente.

Según dispone el artículo 146 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, serán obligatorias para el contratista las modificaciones en el contrato de obras que produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de obra o sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que ésta sea una de las comprendidas en el contrato. En caso de supresión o reducción de obras, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna, sin perjuicio de lo que se establece en el artículo 149, letra e).

Este último precepto establece como causa de resolución del contrato el desistimiento acordado por la Administración y las modificaciones, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al veinte por ciento del precio primitivo del contrato, con exclusión del IVA.

A su vez, el artículo 151, apartado 4, establece que en caso de desistimiento o suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho al seis por ciento del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, entendiéndose por obras dejadas de realizar las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones y las que hasta la fecha de notificación de la suspensión se hubieran ejecutado.

Entiende el Tribunal que *no tiene derecho la actora a ser indemnizada por reducción de obra. Podría discutirse si procedería en caso de reducción superior al veinte por ciento del precio del primitivo contrato, entendiendo que se produce un desistimiento de la Administración respecto de la diferencia, pero no cabe cuando la minoración es inferior a ese porcentaje como ocurre en el caso de autos.*

Por el contrario, acoge la pretensión resarcitoria por el "exceso" de garantía, con efectos desde que formuló la reclamación el 29 de enero de 2003. A resultas de la reducción del contrato acordada unilateralmente por la Administración, procedía la correspondiente minoración de la garantía prestada en su día para responder de las obligaciones contractuales. El artículo 42 de la Ley de contratos dispone que, cuando como consecuencia de la modificación del contrato experimente variación el precio del mismo, se reajustará la garantía, para que guarde la debida proporción con el precio del contrato resultante de su modificación. Lo dispuesto en este precepto opera a favor y en contra de la Administración, por elemental principio de reciprocidad contractual. *La actora tiene derecho a que se lleve a cabo tal reducción, con devolución a su favor de la diferencia y de los intereses legales devengados desde esa fecha.*

10.12. Renuncia al cobro de intereses. Cláusula carente de eficacia por contravenir normas de Derecho necesario

STSJC 557/2005, de 19 de junio de 2005

Se impugna la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación de pago de los intereses legales y de demora formulada contra el Ayuntamiento de Sant Quintí de Mediona en relación con las obras de urbanización del barrio Pau Casals y ejecución del proyecto técnico del vial de acceso al sector Les Deus.

Las obras estaban financiadas en parte por el Plan Único de Obras y Servicios de Cataluña y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional. Ello explica que en la cláusula quinta de los respectivos contratos de obras formalizados el 20 de junio de 1997 se recogiera: "El contratista tiene derecho a percibir el importe de las obras ejecutadas, previa expedición de certificación de la obra, que deberá ser aprobada por la Comisión de Gobierno. El pago de las mismas se efectuará previo ingreso a la corporación de las subvenciones y aportaciones previstas por la financiación de las obras. *Renunciando el contratista al cobro de intereses por la demora en el pago durante el plazo en que el Ayuntamiento no reciba el dinero de las correspondientes fuentes de financiación.*"

Entiende el Tribunal, en coherencia con lo que ya tiene declarado, que *esa renuncia carece de eficacia al contravenir normas de Derecho necesario*. La eventual inclusión de una cláusula en los pliegos de condiciones que haga posible que los licitadores propongan o acepten un plazo de pago superior a los establecidos con el carácter de máximos por la Ley de contratos de las administraciones públicas, además de no adecuarse a la legalidad puede ocasionar una distorsión del principio de buena administración. De acuerdo con la disposición final 1.2, los plazos de dos, cuatro y ocho meses previstos en el artículo 99 de la Ley de contratos tienen el carácter de plazos máximos. No cabe alterarlos ni en el pliego ni en el contrato que formaliza la relación entre la Administración y el adjudicatario de la obra.

10.13. Revisión de precios. Aplicación del IPC. Modificación por acuerdo de las partes del sistema previsto en el pliego

STSJC 932/2005, de 12 de diciembre de 2005

Se impugna a través del presente recurso la resolución desestimatoria presunta por silencio administrativo de la reclamación formulada ante el Ayuntamiento de Torroella de Montgrí, a fin de que fuera abonado el importe correspondiente a la revisión de precios, en los ejercicios 2001 y 2002, del contrato para la prestación del servicio de recogida de basuras, limpieza viaria y de playas, transporte de residuos y gestión del depósito de residuos.

La resolución de las cuestiones debatidas ha de partir de lo que *establece la cláusula 15 del pliego de condiciones* que rigió el contrato de autos, la cual *prevé de forma expresa la revisión de precios cuando se produzca una variación oficial en los tres primeros elementos a que se refiere la cláusula anterior, esto es, en los gastos de personal, seguros sociales, mantenimiento y varios. Queda acreditado, sin embargo, que la revisión de precios se fue practicando en los años sucesivos, hasta el ejercicio 2000, mediante la aplicación del índice de precios al consumo, por lo que ha de entenderse modificada en tal sentido la cláusula antes referida, por mutuo acuerdo de las partes. Ello determina la necesidad de proceder a la revisión de precios solicitada, y ello mediante la aplicación del citado índice al canon satisfecho, respectivamente, en los años 2000 y 2001, en la forma que postula la entidad recurrente*.

No cabe acoger a este respecto las alegaciones de la corporación demandada sobre la aplicación del IPC al canon inicial, y no al canon actualizado en los sucesivos ejercicios, ya que el propio Ayuntamiento de Torroella de Montgrí ha venido realizando la revisión de precios hasta el ejercicio 2000 mediante la aplicación del IPC sobre el canon actualizado en el ejercicio inmediatamente anterior, por lo que no cabe apreciar razón alguna para alterar ahora el método de cálculo que ha utilizado de forma continuada la propia parte demandada.

10.14. Obligación de pago como consecuencia de la alteración de términos municipales

STSJC 352/2005, de 10 de octubre de 2005

Se impugna la desestimación presunta por silencio de la solicitud formulada contra el Ayuntamiento de La Palma de Cervelló por la que se reclamaba el reconocimiento y pago de la suma de 1.019.553 pesetas (6.127,64 euros), más los intereses devengados, cantidad debida en contraprestación a los trabajos de instalación de aire acondicionado en el consultorio médico de la localidad.

Importa consignar que dichas obras fueron encargadas a la actora por el Ayuntamiento de Cervelló, quien aprobó autorizar el gasto correspondiente, tenía el crédito presupuestario necesario para atenderlo, aprobó la factura presentada por la contratista e incluso pagó parte de la misma, todo ello mientras se sucedían los trámites que culminaron con la segregación de una parte del término municipal de Cervelló para constituir un nuevo municipio con el nombre de La Palma de Cervelló (donde se ubica el consultorio en cuestión), autorizada por el Decreto 185/1998, de 21 de julio, y antes de que se constituyera la Comisión Gestora del nuevo municipio el 30 de diciembre de 1998.

La determinación de cuál sea la corporación obligada al pago del importe de las obras ejecutadas por la entidad recurrente debe realizarse en base a las siguientes consideraciones:

a) *Al tratarse del cumplimiento de una obligación* ex contractu, *la acción que corresponde a la actora debe plantearse ante el Ayuntamiento de Cervelló, como Administración contratante que debe responder frente al contratista del cumplimiento de sus obligaciones convencionales*.

b) *El Ayuntamiento de Cervelló dispone de las consignaciones presupuestarias suficientes para hacer frente al pago del importe de los trabajos realizados, como se hizo constar expresamente en su día*. Dichos recursos proceden en parte de la incautación de la fianza prestada en su día por el promotor para garantizar la finalización de las obras de urbanización del sector.

c) El contrato fue adjudicado y formalizado por el Ayuntamiento de Cervelló cuando ya se había aprobado y publicado el Decreto de segregación de parte de dicho término municipal para constituir el nueve municipio de La Palma de Cervelló, si bien no se había constituido aún la Comisión Gestora que debía regir dicho municipio.

d) No se ha procedido aún a ejecutar la división de obligaciones, deudas y cargas a que se refiere el artículo 4 del Decreto 185/1998, del cual se limita a efectuar una remisión genérica a las bases del reparto patrimonial incorporadas al expediente de segregación.

e) El Ayuntamiento de Cervelló aprobó la primera de las dos certificaciones que se reclaman en esta litis.

En virtud de cuanto antecede, el Tribunal concluye que *el Ayuntamiento de Cervelló, como Administración contratante, ha de responder frente a la contraparte de las obligaciones que contrajo en su día. Las vicisitudes del expediente de segregación municipal son completamente ajenas al contratista, el cual tiene el derecho al abono de los trabajos realizados, con independencia de las diferencias que se plantean entre ambas corporaciones sobre la división de bienes, derechos y obligaciones*.

10.15. Reclamación de daños causados a un tercero por el contratista

STSJC 77/2006, de 19 de enero de 2006

Se impugnan: *a*) la resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Sant Just Desvern, desestimatoria del recurso de reposición formulado contra la resolución por la

que se requirió a la entidad actora para que abonase la cantidad de 1.650.000 pesetas, en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados a Dª… durante la ejecución del contrato de obras de mejora urbana del barrio centro, y *b*) el acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Sant Just Desvern por el que se desestimó el recurso de reposición dirigido contra el acuerdo por el que se dedujo el importe de la indemnización antes referida al cancelarse la garantía definitiva prestada en su día por la entidad recurrente.

El sistema de determinación y reclamación de los daños causados a un tercero por el contratista se ha visto profundamente modificado con la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas. En efecto, el artículo 98 de dicho texto legal (en la actualidad, el artículo 97 del TRLCAP) establece que *los terceros perjudicados podrán dirigirse, 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, interrumpiendo el ejercicio de esta facultad el plazo de prescripción de la acción civil. La reclamación de los daños deberá formularse, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto*.

De este modo, *la Administración ha de limitarse a determinar si la reparación de los daños y perjuicios corresponde al contratista, como es norma general, o bien si pesa sobre ella misma,* por concurrir alguno de los supuestos previstos en el artículo 98.2 de la Ley de contratos, esto es, cuando aquéllos hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, o bien deriven de los vicios del proyecto elaborado por ella misma.

Cuando la responsabilidad incumba al contratista, la reclamación ha de realizarse por el perjudicado ante los órganos de la jurisdicción civil, a cuyo efecto establece el artículo 98.3 in fine *de la Ley que interrumpe el plazo de prescripción de la acción el previo requerimiento a la Administración para que se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños*.

10.16. Pago de obras realizadas siguiendo instrucciones de la Administración que no son objeto del expediente de contratación. Principio de interdicción del enriquecimiento injusto

STSJC 717/2005, de 15 de septiembre de 2005

Se impugna el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de La Pobla de Lillet, que denegó la solicitud formulada a fin de que fuera abonado el importe a que ascendían dos facturas giradas a cargo del Ayuntamiento demandado, por las obras realizadas para la reparación de blandones en la carretera de La Pobla de Lillet al santuario de Falgars.

Una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido estableciendo la viabilidad de las reclamaciones relativas al pago de obras que no fueron objeto del oportuno expediente de contratación, pero que realizó el contratista siguiendo instrucciones de la Administración o de quienes aparecían con facultades para ello, y que en definitiva han redundado en una ventaja para las finalidades públicas que pretendían atenderse con la ejecución de las obras.

En el caso que ahora se examina, y a la vista de las pruebas practicadas en autos, el tribunal concluye que *efectivamente se encargaron a la entidad actora los trabajos de reparación de los blandones existentes en la carretera de La Pobla de Lillet al santuario de Falgars,* como se desprende de la declaración testifical de quien en aquellas fechas ostentaba el cargo de alcalde-presidente de la corporación, el cual manifiesta *que dicho encargo se realizó de forma verbal y que se aprovechó la circunstancia de que la actora ya tenía situada la maquinaria necesaria para el desarrollo de los trabajos en la localidad, habida cuenta que acaba de realizar otras obras en la misma*.

Por otra parte, el dictamen pericial practicado en el correspondiente período probatorio confirma que los precios que se recogen en las facturas reclamadas se ajustan a lo que resultaba usual en el momento en que se realizaron los trabajos. Es cierto que el perito no ha podido comprobar personalmente la magnitud de aquéllos, puesto que posteriormente se procedió a asfaltar completamente el camino de autos, pero esta circunstancia no puede redundar en perjuicio de la actora, desde el momento en que sólo *resulta imputable a la corporación municipal el hecho de que la contratación se realizase con absoluta omisión de las prescripciones legales y, además, se omitiese el adecuado control de los trabajos que se llevaron a cabo*.

10.17. Pago. Reclamación. Naturaleza de las obras ejecutadas: complementarias o provisionales

STSJC 942/2005, de 12 de diciembre de 2005

El recurso tiene como objeto el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Perafort, confirmatorio en vía de reposición de un anterior acuerdo por el que se decidió, en esencia, retornar –rechazándola– una factura, de fecha 10 de mayo de 2002 e importe de 771.520,22 euros, equivalentes a 128.370.163 pesetas, girada por la sociedad actora a cargo de dicho Ayuntamiento.

*El quid de la cuestión planteada estriba en determinar la naturaleza de dichas obras***.** Así, la actora sostiene que deben calificarse de complementarias, en tanto no estaban previstas en el proyecto, siendo que, a tenor del apartado 16 contenido en la memoria del mismo, "obras complementarias son las que por su naturaleza, no se pueden prever o detallarse suficientemente, sino a medida que avanzan los trabajos [y] se efectuarán de con-

formidad a los proyectos y planos que se vayan entregando al contratista y las órdenes que le dé el director. Se ejecutarán en las mismas condiciones y con iguales prescripciones que las del proyecto".

El Ayuntamiento demandado sostiene por su parte que se trató de obras provisionales o auxiliares, a cargo del contratista según prevé el apartado 6 de dicha memoria, en relación con el apartado 4, conforme al cual "en la ejecución de las obras se deberá tener en cuenta que se debe continuar dando servicio a las viviendas y facilitar la circulación de vehículos mientras duren las obras".

La parte actora acompañó con su demanda, en apoyo de su tesis, un dictamen del ingeniero industrial según el cual, "las obras de mantenimiento del servicio hubiesen tenido que estar definidas y valoradas en el proyecto", en defecto de lo cual, concluye que "las obras e instalaciones de mantenimiento del servicio de agua potable ejecutadas mediante red de *by-pass*, son obras complementarias".

Sin embargo, interrogado de forma contradictoria en la fase probatoria del proceso, donde ratificó su informe, y repreguntado por la parte demandada en el sentido de ser cierto que "las obras realizadas para la ejecución del proyecto de iluminación pública, telefonía, baja tensión y gas canalizado en los núcleos de Perafort y Puigdelfi, son de naturaleza permanente, y el sistema utilizado para el mantenimiento del servicio de agua durante la ejecución de las obras anteriormente citadas es de naturaleza temporal", contestó afirmativamente.

Con los datos en presencia, cabe concluir que *dichas obras tuvieron un carácter temporal y por ende provisional, y su finalidad, posibilitar el mantenimiento del suministro de agua potable a los vecinos, mientras se realizaban las obras que sí constituían el objeto de dicho proyecto, esto es, las de iluminación pública, telefonía, baja tensión y gas canalizado*.

Constatado lo anterior, las obras cuyo importe reclama la actora deben conceptuarse como provisionales o auxiliares, y venían obligadas por el compromiso de "continuar dando servicio a las viviendas", asumido por el contratista al participar en la licitación y aceptar implícitamente las condiciones de la misma, en concreto, en este caso, las previsiones de los apartados 4 y 6 de la memoria anexa al proyecto.

11. Aguas

11.1. Asunción por el ayuntamiento de la prestación del servicio público de distribución de agua potable. Confiscación de elementos. Fijación de indemnización

STSJC 631/2005, de 20 de julio de 2005

Se impugna el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de La Torre de Claramunt, confirmatorio en vía de recurso de reposición de otro anterior, por el que se decidió en:

"Primero. Asumir la prestación del servicio público de distribución de agua potable en la urbanización Pinedes de l'Armengol.

"Segundo. Confiscar todos los elementos de la empresa (actora) afectados al servicio para asegurar su prestación.

"Tercero. La corporación iniciará en el plazo de un mes a contar desde la fecha del presente acuerdo, el expediente de fijación de la indemnización a (la actora), que si es el caso, pueda resultar procedente."

Lo resuelto por el Pleno del Ayuntamiento ha consistido en conferir a la situación de hecho protagonizada por la actora, como suministradora de agua potable a una urbanización o núcleo del municipio, por analogía, el tratamiento de una concesión, y acordar la extinción de la misma, por causas imputables a la actora, consistentes en "la muy deficiente prestación del servicio" y el "mal estado de la red".

El Tribunal, valorados los elementos de prueba, y también los testimonios del contratista y operario que, trabajando por cuenta de la actora, realizaban trabajos de mantenimiento de la red, que ponen más énfasis en los daños presuntamente producidos al pavimentar los viales, colige que *ni tales presuntos daños, ni las demás circunstancias invocadas por la parte actora, pueden justificar las deficiencias de las instalaciones destinadas al suministro de agua, incluidos los depósitos, bombas y maquinaria, sin relación ninguna con aquéllos posibles desperfectos, y como consecuencia directa del mal estado de las instalaciones y la falta de inversiones necesarias, el deficiente servicio a los usuarios, persistente en el tiempo y agravado los fines de semana y durante períodos estivales*.

Concurría por tanto en este caso el presupuesto de hecho habilitante de las medidas adoptadas por el ayuntamiento, ante el incumplimiento de sus obligaciones por parte de la actora como compañía suministradora de un servicio esencial como es el de agua potable.

Siendo la situación de hecho la descrita y ante una actividad material de servicio público, de carácter esencial, prestada sin título administrativo habilitante, bien que consentida, debe tenerse por conforme a derecho la asimilación de dicha situación a la de una concesión del servicio, y la intervención subsiguiente a fin de restablecer la regularidad de dicho servicio esencial, de acuerdo con el criterio jurisprudencial sentado en supuestos también asimilables.

Adoptado por el ayuntamiento, válidamente y conforme a un criterio de analogía, el cauce de la extinción de las concesiones, con arreglo al artículo 261 del ROAS, el medio de intervención era el allí previsto de la confiscación y no otro, es decir, el correspondiente a la extinción de la concesión como situación asimilada, sujeto a la garantía de un procedimiento subsiguiente de tasación contradictoria del valor de las instalaciones, con inter-

vención del Jurado Provincial de Expropiación en caso de desacuerdo y sometimiento a continuación a las previsiones de la LEF en cuanto a la fijación del justiprecio, con las garantías consiguientes para la actora en orden al cobro del valor de las instalaciones.

11.2. Costes de obras de conexión. Responsable del pago

STSJC 258/2006, de 20 de marzo de 2006

Se impugna la desestimación presunta por silencio del recurso de alzada interpuesto ante el alcalde de Argentona contra la comunicación de la sociedad A., S.A., relativa a los requisitos para el suministro de agua de uso doméstico en la vivienda del actor.

Destaca el Tribunal que la mencionada mercantil es una sociedad privada municipal que presta el servicio de abastecimiento de agua potable –del que es titular dicho ente local– en forma de gestión directa.

No se discute el derecho del actor a disponer de ese servicio, lo que se cuestiona es quien deba satisfacer el coste de las obras de conexión: si el usuario o la empresa suministradora.

El suministro de agua potable ha sido configurado tradicionalmente en nuestra legislación como una competencia municipal, un servicio público de obligada prestación en todos los municipios (artículos 25 y 26 de la LBRL) que puede gestionarse de forma directa o indirecta, pudiendo adoptar la primera diversas formas, entre ellas mediante sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local (artículo 85 de la Ley), como parece ocurrir en el presente supuesto.

De lo que *se trata es de determinar quién sufraga el coste de la acometida, nexo de unión entre el dominio público y el dominio privado de las instalaciones distribuidoras del servicio de agua, cuando los recursos hidráulicos, la dotación de los caudales de agua en las condiciones de calidad adecuada, llegan a las instalaciones interiores de los usuarios, que pueden obtener así fácilmente esos recursos mediante el uso de instalaciones de fontanería.*

La configuración del suministro de agua potable como un servicio público municipal determina que es en la normativa reguladora del servicio donde se recogen las condiciones y las formas de prestación, las características técnicas del mismo, las obligaciones y derechos de las partes en la relación prestacional, etc., condiciones todas ellas que pueden ser unilateralmente modificadas por la Administración que puede operar en este sentido discrecionalmente en aras del interés público y para la salvaguarda de la continuidad de la prestación, aunque su vinculación al principio de igualdad le impone admitir el disfrute del servicio a todos los particulares que objetivamente reúnan las características exigidas. *Cabe, por tanto, que ordenanzas o reglamentos municipales disciplinen el coste de la acometida de manera diferente a la establecida en la Orden ministerial de 9 de diciembre de 1975 –que corre a cargo del suministrador–, en el ejercicio de la autonomía local reconocida constitucionalmente. Por lo demás, es evidente que la materia específica de esa reglamentación ministerial es la relativa a las características técnicas de las instalaciones (basta leer su contenido), no la de las relaciones jurídicas entre los usuarios y las empresas suministradoras. Es por ello que puede entenderse que la citada Orden preconstitucional es de aplicación supletoria en defecto de una reglamentación local debidamente aprobada.*

Tanto en el Reglamento municipal de 1989 como el posterior de 1999 carga sobre el abonado (o propietario del inmueble) el coste exclusivo de la acometida. ■

Potestad disciplinaria y Administración pública

1. El régimen disciplinario como potestad administrativa.
1.1. Definición y fundamento en la doctrina. 1.1.1. La denominada relación de sujeción especial de los funcionarios públicos. 1.1.2. Responsabilidad administrativa.
1.2. La potestad disciplinaria en el Derecho comparado.
2. Derecho penal y Derecho sancionador administrativo.
3. Potestad disciplinaria, derecho al cargo y honor del funcionario.

Juan B. Lorenzo de Membiela
Doctor en Derecho. Letrado de la Administración de la Seguridad Social

1. El régimen disciplinario como potestad administrativa

1.1. Definición y fundamento en la doctrina

Para García de Enterría, las sanciones administrativas comprenden dos grandes grupos: las sanciones administrativas de autoprotección y las sanciones administrativas de protección de orden general. En las primeras se incluye la impuesta al empleado público encuadrado en una relación de sujeción especial con la Administración. La potestad disciplinaria es una potestad de supremacía especial y ello lo diferencia con la potestad punitiva penal que es característica de la supremacía general. Este es el modelo más puro del género de las sanciones de autoprotección administrativa.[1]

La titularidad de la potestad disciplinaria se atribuye no a cargos profesionales de la organización sino a cargos políticos, y lo digo sin ningún ánimo, pues no debe olvidarse que la jerarquía es uno de los pilares de la Administración pública. Sin embargo, no resulta extraño que cuando la Administración se aparta de los fines fijados por la Constitución española y el ordenamiento jurídico, el uso de la potestad sancionadora se articula como instrumento represor no en beneficio de la Administración sino en provecho de intereses varios, algunos pintorescos, otros inconfesables y todos bajo una pátina de supuesta legalidad pero de dudosa legitimidad. Obviamente nos referimos a actuaciones injustas consentidas por actos injustos, dictados, sin duda, con un espíritu flagrantemente prevaricador que el funcionario debe sufrir con la mayor resignación, con un estoicismo heroico y hasta provocador cuando decide defenderse.

Viene a colación las reflexiones del profesor Von Mises,[2] exponiendo la filosofía de la *estatolatría*: "el Estado siempre tiene razón y el individuo siempre se equivoca. El Estado es el representante de la comunidad, de la justicia, de la civilización y de la sabiduría suprema. El individuo es un pobre desgraciado, un loco vicioso."

O bien cuando el economista se plantea la siguiente paradoja: "El ciudadano individual cuando viola una ley de su país es un criminal que merece castigo, ya que ha actuado en su propio beneficio egoísta. Pero la cuestión es muy distinta si un funcionario elude las leyes de la nación debidamente promulgadas en beneficio del Estado."

Estas críticas en general, y volviendo al ámbito jurídico, han sido expuestas por diversos autores a lo largo de décadas. Alejandro Nieto, que ya en 1970 en su artículo "Problemas capitales del Derecho disciplinario",[3] apuntaba: "Con harta frecuencia las sanciones de este tipo no persiguen, como pudiera suponerse, la corrección del funcionario y el mejoramiento del actuar administrativo, sino que son meros pretextos o coberturas de una represión política." Igualmente –y por desgracia añado–, en el año 2005, en su obra *Derecho administrativo sancionador,*[4] declara: "El Derecho administrativo sancionador se ha convertido en una coartada para justificar las conductas más miserables de los poderes públicos, que sancionan, expolian y humillan protegidos por la ley y a pretexto de estar ejecutándola con toda clase de garantías. Éste es, en verdad, el escalón más infame a que puede descender el Derecho."

Sistemática con esta doctrina, el insigne y valiente catedrático explica en el prólogo al estudio de Trayter Jiménez que "el funcionario es un instrumento del poder político y lo que de él pide el Estado (y las demás administraciones y corporaciones públicas) es su sumisión, no su eficacia".[5]

El Derecho disciplinario del personal de las administraciones públicas se integra dentro del concepto más amplio de responsabilidad administrativa[6] consistente en el ejercicio de una potestad discrecional con un objeto de aplicación difuso cuando no contradictorio. Quizás esa versatilidad en el ejercicio de la facultad se deba a la compleja simbiosis existente entre las exigencias de la gestión y la aplicación de las normas jurídicas que regulan aquélla y que ante ciertas circunstancias la amordazan. En muchas ocasiones, además, la estricta observancia del reglamento se modula para alcanzar una solución extrajurídica amparada por el principio del "mal menor" o el de "necesidades del servicio" o el de "potestad de autoorganización", principios delictuosamente etéreos que amparan actuaciones, en ocasiones, de difícil justificación legal. Pero que usados en unas administraciones más que en otras, dan cobertura a una patrimonialización particular y no general de lo público cuando se anteponen otros intereses desde luego desviados a los previstos en el ordenamiento jurídico.

La existencia de un Derecho disciplinario, como apuntó Vedel,[7] no es especial de la función pública sino que es propio de toda agrupación que persigue asegurar la vida ordenada del grupo.

1. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El problema jurídico de las sanciones administrativas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1976, p. 399 y ss.

2. VON MISES, L., *Burocracia*. Traducción de Dalmacio Negro Pavón. Unión Editorial, Madrid, 1974, p. 103-104.

3. NIETO, Alejandro, "Problemas capitales del Derecho disciplinario", *Revista de Administración Pública*, 1970, 63, p. 39.

4. NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador,* 4ª edición totalmente reformada, Tecnos, Madrid, 2005, p. 29.

5. Alejandro Nieto en el prólogo al libro de TRAYTER JIMÉNEZ, J., *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons - Generalitat de Catalunya, Madrid, 1992, p. 11.

6. MONTORO PUERTO, M., *Régimen disciplinario en la Ley de funcionarios civiles del Estado*, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Madrid, 1963, p. 10.

7. VEDEL, G., *Droit administratif,* Presses Universitaires de France, 1961, p. 122 y ss.

La responsabilidad disciplinaria se fundamenta, por un lado, en la sujeción general del funcionario, pero sobre todo en la sujeción especial. Ello explicaba que un mismo hecho pueda ser conocido por los tribunales, consecuencia de la sujeción general, y por la propia Administración, a través de sus órganos investidos de competencia, consecuencia de la sujeción especial y que podrá acabar mediante una sanción disciplinaria.[8]

1.1.1. La denominada relación de sujeción especial de los funcionarios públicos

Hoy, la teoría de las sujeciones especiales causa intensos debates, dada la eficacia de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española: Fernández Rodríguez sostiene una nueva construcción sobre la concurrencia de los preceptos constitucionales; Morey Ocaña, inspirándose en los postulados de Mayer, defiende la subsistencia de estas relaciones especiales si bien acotándolas a un campo propio de actuación y reconociendo sus limitaciones de concepción; Gallego Anabitarte reconoce la influencia decisiva de los principios de legalidad y de reserva material de ley; García Macho defiende la continuidad de la categoría de relaciones de especial sujeción, ya que de este modo se desprende de las limitaciones o restricciones que en materia de derechos fundamentales introduce la Constitución española en relación con determinados colectivos pero también fundamenta su existencia. Fuertes Suárez, que si bien admite la existencia de derechos fundamentales de los funcionarios públicos, aquéllos se encuentran matizados, no limitados por el principio de jerarquía normativa. Por último, Martínez de Pisón las justifica por el hecho de que las necesidades organizativas no suponen una restricción de derechos fundamentales. Los derechos constitucionalmente garantizados no suponen un bloque homogéneo aplicable apriorísticamente a todos por igual, dado que el principio constitucional de igualdad debe ponderarse con otras posiciones jurídicas dignas también de protección. Quizás sea ésta la posición ecléctica necesitada para fundamentar la pervivencia de todas las instituciones que se derivan de ese acto de condición, entre ellas, los principios de autoridad y jerarquía. Esta tesis también es compartida por Embid Irujo con remisión a la STC de 10 de octubre de 1983, cuyo fundamento de derecho segundo dice:

"El fondo del asunto consiste en la ponderación del ejercicio que un funcionario público ha hecho de determinados derechos que la Constitución le reconoce. En una primera etapa del constitucionalismo europeo, simultánea a la construcción de un modelo de burocracia creciente, pero no debidamente racionalizada, solía exigirse a los funcionarios públicos una fidelidad silente y acrítica respecto a instancias políticas superiores y, por consiguiente, una renuncia (cuando no se regulaban prohibiciones expresas) al uso de determinadas libertades y derechos, todo lo cual había de admitirse si no quería el funcionario caer en la temida situación del cesante. En la actualidad, y en concreto en nuestro país, al menos a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la situación es muy distinta. Conquistas históricas como la racionalización del ingreso en la función pública, como la inamovilidad del funcionario en su empleo, así como la *consagración constitucional de los principios del artículo 103.1 y 3 y la de los derechos de los artículos 23.2, 20.1, a), y 28.1 de la CE, que luego analizaremos, son factores que de forma convergente contribuyen a esbozar una situación del funcionario en orden a la libertad de opinión y a la de sindicación mucho más próxima a la del simple ciudadano*."

Sin embargo esta ortodoxia, la inclinación hacia el abandono de esta teoría alemana empieza a ser plasmada en la doctrina: Parejo Alfonso, Jiménez Blanco y Ortega Álvarez[9] entienden *que si bien la Constitución española diseña un estatus para los funcionarios públicos, éste no ha de entenderse de una forma totalmente peculiar frente al trabajador privado, sino que por el contrario la relación orgánica que une al funcionario con la Administración debe estar presidida por una relación estatutaria, mientras que en la relación de servicio debe primar la relación contractual*.

Igualmente, el magistrado Sánchez Díaz apunta como quiebra de la teoría de las relaciones de especial sujeción, la negociación y participación de los funcionarios en la gestión y condiciones de trabajo, y la progresiva homologación en derechos con cualquier ciudadano en su relación profesional.[10]

1.1.2. Responsabilidad administrativa

Las definiciones de la dogmática son variadas en sus formas pero idénticas en su fondo. Para Santamaría Pastor, la responsabilidad disciplinaria es una potestad correctiva interna, consecuencia necesaria de la jerarquía y de la potestad de organización, propia de cualquier organismo.[11] Santi Romano diferenciaba entre la responsabilidad disciplinaria, derivada de la relación especial que une al funcionario con su Administración o corporación, junto con la responsabilidad penal, derivada de la relación general de soberanía, admitiendo la concurrencia de ambas. Sin embargo, hoy, la preeminencia de los tribunales aparta a la Administración de enjuiciar el mismo hecho.

8. ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho administrativo*, vol. I/2, 12ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 331.

9. PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ BLANCO, A.; ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Derecho administrativo*, Ariel, Barcelona, 1991.

10. SÁNCHEZ DÍAZ, J. L., "Modificaciones en la relación laboral del personal al servicio de las administraciones públicas", *Revista del Poder Judicial*, 1997, 45, s. p. [p. 445-477].

11. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho administrativo general*, tomo I, 1ª edición, Iustel, 2004, p. 803.

Esta potestad se incardina en el ordenamiento interno administrativo, del que una de sus partes está constituida por el régimen disciplinario, como refirió Romano.[12] Ordenamiento interno de la Administración que viene avalado por las siguientes razones:

a) Porque refieren a la organización y a la relación de los distintos órganos e institutos.

b) Porque comprende los ordenamientos de los diferentes órganos e institutos bien considerados en sí mismos, ya en sus relaciones con las personas titulares de los respectivos cargos o con las personas que por distintas razones puedan ser admitidas en tales institutos.

Muñoz Machado la define como un sistema jurídico conducente a sancionar o castigar determinadas conductas del personal funcionario de las administraciones públicas que constituyen incumplimiento de los deberes y obligaciones que a éstos les corresponden en razón de la relación de servicios con la finalidad de preservar y obtener el correcto funcionamiento de la organización administrativa.[13]

Para Gascón y Marín, la potestad disciplinaria es correlativa a la potestad de mando derivada de la necesidad que tiene la Administración de evitar que puedan prevalecer actos contrarios a los por ella dictados y su finalidad es la misma que la penalidad en general, como es la restauración del orden jurídico perturbado.[14]

Se manifiesta en el interior de la relación de servicios y en garantía del cumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario con sanciones que inciden en sus derechos profesionales. García Oviedo y Martínez Useros la identifica *con la que se aplica a los funcionarios por acciones cometidas en ejercicio de su cargo quebrando el orden interno de la organización, sin trascendencia social especial pero que afecta a la propia esencia y a la ordenación administrativa. Trata de fiscalizar el inacomodamiento del funcionario a la función y afecta a la propia esencia de la ordenación administrativa.*[15]

Álvarez Gendín sostiene que el poder disciplinario es *la facultad del órgano administrativo de corregir a los funcionarios cuando hayan cometido faltas*.[16] Y Royo-Villanova aduce que la potestad disciplinaria es la que derivando de una más general, la potestad correctiva, se ejerce por un funcionario respecto a sus inferiores o subordinados en la jerarquía y como consecuencia de una infracción de un mandato administrativo. Esa potestad se desenvuelve sin traspasar los límites que la ley marca.[17]

Parada Vázquez, siguiendo este iter razonal, la fundamenta en el principio de jerarquía[18] y de mando, como consecuencia. Estas tesis coadyuvan, sin duda, al mantenimiento de una cierta tensión gestora que gravita sobre la amenaza implícita o explicita del expediente disciplinario. Práctica *in crescendo* en cualquier organización pública. Aún hoy, cuando la incidencia del *management* brinda a los directivos y ejecutivos de la Administración nuevas estrategias motivadoras del personal para con la organización y su fidelización, aquella práctica se mantiene, se incita y practica con absoluta impunidad, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito laboral. Esto constituye un contrasentido con un colectivo de empleados que ha tenido que superar pruebas selectivas y en los cuales la idea de ética y prestigio profesional son los únicos alicientes que poseen.[19] Aspecto este que sí fue detectado por la originaria LF de 1964, con antecedente en el Reglamento para la aplicación de la Ley de bases de 22 de julio de 1918 a los cuerpos generales de la Administración civil del Estado y al personal subalterno de la misma, artículos 52 a 57. Y que hoy, al amparo de las nuevas estrategias directivas, se *descubren* como modos óptimos para incentivar al personal. Circunstancia que denota la poca importancia que la gestión humana de los servicios públicos ha generado en sus directivos, más preocupados en mantener su rol de autoridad dentro de la organización que en apostar por una integración progresiva de todo el personal en un fin común y productivo.

La potestad disciplinaria resistió los intentos de absorción por el Derecho penal durante el auge del liberalismo, quedando hoy consolidada en todos los países como un ordenamiento punitivo autónomo construido sobre una potestad de supremacía.[20] Sin embargo, la

12. Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 330.

13. Muñoz Machado, S., *Diccionario de Derecho administrativo*, tomo I, Iustel, Madrid, 2005, p. 1271.

14. Gascón y Marín, J., *Tratado de Derecho administrativo,* tomo I, 9ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, p. 205.

15. García Oviedo, E.; Martínez Useros, E., *Derecho administrativo*, tomo I, l.2, 9ª edición, EISA, Madrid, Madrid, p. 450-451; Institut Belge des Sciencies Administratives, *L'exercise de la fonction disciplinarie dans les Administracions centrales des pays du Marché Común,* Bruselas, 1964.

16. Álvarez Gendín, S., *Manual de Derecho administrativo*, Zaragoza, 1941, p. 199-200.

17. Royo Villanova, A., *Elementos de Derecho administrativo,* 25ª edición, tomo I, autor-editor, Valladolid, 1960, p. 77-78.

18. Parada Vázquez, R., *Derecho administrativo,* tomo II, 14ª edición, en *Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 518.

19. Véase a Fábregas del Pilar y Díaz de Cevallos, J. M., *Políticos y funcionarios*, 1ª edición, Reus, Madrid, 1932, p. 223, cuando refiere: "La literatura ha proyectado, las más de las veces, agrandándolos y deformándolos, los aspectos ingratos y desagradables de nuestra profesión; tenemos derecho a pedir y a esperar que se nos retrate íntegramente, porque en nuestras oficinas, al lado de la mezquindad y de la miseria y de la pequeñez, seguramente ni mayores ni menores que las que aquejan a otras clases sociales, hay elevación de espíritu y conciencia del deber y ansias de elevación y de cultura, y abnegaciones por el cumplimiento del servicio público y convicción íntima de su trascendencia. Yo estoy convencido de que una de las principales causas de la decadencia y de la postración de la burocracia consiste en la deformación de su imagen, hecha por una literatura ligera o parcial. Ella nos desprestigia ante los demás y nos deprime a nosotros mismos. No nos vemos en espejos planos, sino convexos o cóncavos, y la contemplación de los trazos de nuestra fisonomía, puestos así en grotesca caricatura, aplana nuestro espíritu y lo priva de aquel caudal de ilusión que todos necesitamos para cumplir nuestros deberes."

20. Santamaría Pastor, J. A., *Apuntes de Derecho administrativo*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1982, p. 137.

influencia de principios constitucionales y principios de Derecho penal que suplen el incompleto régimen disciplinario de los funcionarios se dibuja como esencial en el vigente marco jurídico. Efectivamente, la potestad sancionadora es tan antigua como la propia Administración, siendo considerada como elemento esencial de su actividad de policía. Sin embargo, a partir del constitucionalismo y debido al desprestigio de la gestión policial administrativa se cedió a favor de los tribunales, a los que se reconoció el monopolio estatal de la represión.[21]

1.2. La potestad disciplinaria en el Derecho comparado

Sin embargo, algunas legislaciones de la Unión Europea, por ejemplo, la alemana, la belga y la francesa, tras una evolución plausible, han privado a la autoridad jerárquica de la potestad disciplinaria en garantía de los derechos de los funcionarios.[22] La potestad queda atribuida a órganos cuasi-jurisdiccionales. Ese cambio fue reclamado por la dogmática ante las deficiencias del régimen disciplinario que impera en España. Una de las tesis que esgrimían se construían sobre las defendidas por Wisscher, que, referenciando el Derecho belga, declara: "El cuidado que se toma el superior jerárquico de no crear enemigos y de no deteriorar la atmósfera de su servicio utilizando la potestad disciplinaria, el respeto que muestra la autoridad a las organizaciones sindicales que dominan las cámaras de recursos, el miedo a proporcionar a la oposición la oportunidad de una campaña de prensa, el riesgo, en fin, de ver la sanción disciplinaria anulada por el Consejo de Estado dieciocho meses o dos años después de haberla impuesto, son otras tantas razones que explican por qué la disciplina administrativa se muere y por qué la calidad de la Administración se va deteriorando."

Bonnefous, en cuanto a la Administración francesa, apunta: "La autoridad jerárquica tiende a encogerse, el control a esclerotizarse y la inspección a desaparecer... La autoridad se ejerce raramente: en ciertos servicios, tanto los jefes como los subordinados han perdido el hábito de la disciplina. Sus relaciones son menos las de la jerarquía que las de la camaradería. La rutina de la costumbre, más que los planes concertados, es lo que hace funcionar el conjunto de los servicios. Toda reforma, incluso modesta, se hace difícil. La autoridad se encoge y la disciplina es difícil de restablecer inmediatamente."

En Italia, la Ley 421/1992 y el Decreto 29/1993 acogen lo apuntado por la doctrina, que coincide con lo ya expuesto y que gravita sobre tres puntos:[23]

1. Redefinición de los ilícitos administrativos

Tipificando en las infracciones comportamientos que entorpezcan el normal desarrollo de la prestación de servicios, la funcionalidad y la eficiencia de la organización administrativa. El Decreto 29/1993 enumera las obligaciones de diligencia, lealtad e imparcialidad que integran el correcto cumplimiento de los deberes de los funcionarios y configura el núcleo de preceptos cuya violación dará lugar a la aplicación de las sanciones disciplinarias, debiendo ser plasmadas en un denominado Código ético en donde se enumeran. Este Código será elaborado por la Presidencia del Consejo de Ministros (Departamento de la Función Pública), oídas las confederaciones sindicales más representativas a nivel nacional. El Código se renovará cada cuatro años atendiendo las sugerencias de las administraciones públicas, organizaciones sindicales y asociaciones de consumidores y usuarios. Este código de comportamiento será recogido en los convenios colectivos y éstos definirán la tipología y entidad tanto de las infracciones como de las sanciones, integrando las disposiciones del Código civil y del Estatuto de los trabajadores en materia disciplinaria.

2. Reducción de las formalidades en el procedimiento disciplinario

No supone una reducción del nivel de garantías sino agilizar el procedimiento otorgándole un aspecto menos formalista. Los procedimientos conciliatorios y arbitrales, como formas heterocompositivas de resolución de conflictos jurídicos, en este caso, de aplicación del procedimiento sancionador, suponen un acercamiento a las fórmulas previstas en el Estatuto de los trabajadores. Desde esta perspectiva, el Decreto 29/1993 reconoce al funcionario la posibilidad de negociar con el órgano sancionador la rebaja de la sanción inicialmente propuesta por éste, en cuyo caso desaparecería la posibilidad de impugnar la sanción que resultara del acuerdo logrado entre ambas partes. En caso contrario, la sanción podrá impugnarse ante el colegio arbitral disciplinario de la Administración donde el funcionario presta sus servicios.

3. Previsión de un órgano ad hoc *encargado exclusivamente de perseguir las infracciones disciplinarias, que viene previsto por el artículo 59 del Decreto 29/1993, modificado por el Decreto 546/1993*

A pesar ello, en España existe un procedimiento administrativo sancionador previo que adolece de imperfecciones. Por un lado, la escasa participación de las centrales sindicales en esa actividad sancionadora: solamente será informada la Junta de Personal y delegados sindicales ante la imposición de faltas muy graves, según el artículo 9.3 de la Ley 9/1987, de 12 de junio de 1987, que regula los órganos de representación, determi-

21. NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, *op. cit.*, p. 26.

22. En sentido opuesto a este criterio restrictivo, véase a PARADA VÁZQUEZ, R., "La degeneración del modelo de función pública. Conmemoración 50 Aniversario", *Revista de Administración Pública*, 150, 1999.

23. MARINA JALVO, B., "Sobre las últimas reformas italianas del empleo público", *Revista de Administración Pública*, 1995, 137, p. 504-505.

nación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas. Por otro, el deterioro del principio de jerarquía administrativa en la legislación funcionarial, que aunque es un principio de organización recogido por la Constitución española y la LOFAGE, carece del apoyo normativo necesario al haber sido suprimido los grados y categorías funcionariales por la LF de 1964. Por otro, la influencia de los principios informadores del Derecho penal que se han traducido en un incremento de las garantías hacia los funcionarios, si bien cabría cuestionarse la misma y por un elemento fundamental: el órgano sancionador es parte y juez en un procedimiento que depende de la propia Administración y, por tanto, bajo la autoridad que ordena la inspección. Es decir, la unidad inspectora carece de independencia orgánica, con lo que su autonomía se encuentra mediatizada por decisiones externas a ella. Además de encontrarse sometida por el principio de jerarquía, que como principio de organización de la Administración puede perturbar alguna actuación objetiva. Prueba de esta tesis es la ausencia de pronunciamientos administrativos resultado de fiscalizaciones del propio Ministerio a su personal, o incluso la dejación de funciones y la concurrencia de hechos que podrían constituir no ya falta de disciplinaria sino ilícitos penales, constituyendo lo que algún autor denomina *indolencia consentida* como exteriorización del fracaso del régimen disciplinario funcionarial.[24]

Aún cabe añadir otra causa que evidencia que la relación bilateral Administración-funcionario queda rota: frente a la imposición de sanciones en ejercicio de la potestad disciplinaria, el reconocimiento de servicios a su personal ha quedado prácticamente inoperativo, ya que el artículo 66.1 de la LF de 1964 se ha considerado derogado por la LMRFP de 1984. Artículo 66.1 que preveía la concesión de menciones honoríficas y premios en metálico, además de condecoraciones y honores.[25]

No es extraño entender por ello que Nieto apunte a la necesaria humanización del Derecho disciplinario pues el *único modo de comprender la actividad del funcionario, en cuanto tal, es acercarse al mismo a través de la organización en que trabaja,*[26] debiéndose abandonar el principio *fiat jus, pereat vita*.[27] Esa simbiosis que se produce entre los actos u omisiones del funcionario y su organización se confunden, en un todo, provocando indefensiones cuando se pretenda enjuiciar conductas fuera de ese contexto. No olvidemos las frecuentes costumbres administrativas que nidifican en cualquier unidad administrativa, prácticas admitidas por todos aun cuando contravengan de algún modo, directo o indirecto, el reglamento administrativo.

Sin embargo, Parada critica el procedimiento sancionador sobre la concurrencia del derecho a la inamovilidad funcional, la creación de órganos mixtos con los sindicatos que participan en el procedimiento sancionador, la concurrencia de recursos jurisdiccionales plenos, lo que ocasiona una *tortura y castigo* no para el funcionario presuntamente infractor sino para quienes tengan que tramitarlo, lo que causa una profunda crisis en esta tipología de responsabilidad.[28]

2. Derecho penal y Derecho sancionador administrativo

Se ha intentado diferenciar entre un Derecho penal administrativo y un Derecho penal disciplinario[29] atribuyendo una distinta sustantividad entre ambos y entre los dos con el Derecho penal. Coadyuva a ello la distinción de García de Enterría entre un Derecho disciplinario y un Derecho sancionador, teoría compartida por otros autores[30] y que es congruente con las dos categorías del Derecho sancionador aludidas. Conforme a este criterio, pertenecen al primero, además del disciplinario *sensu stricto*, la policía demanial, las de autoprotección, las rescisorias de actos favorables y tributarias, contrapuestas a las sanciones de orden público. Específicamente, Enterría diferencia entre las sanciones por las que la Administración tutela su organización y orden interno, incluyendo el sistema de sus actos jurídicos, y otras por las que tutela el orden social general, en un amplio sentido, el orden público.[31] En cualesquiera de los casos, la potestad por la cual la Administración pública impone sancio-

24. SARMIENTO LARRAURI, J. I., "Recensión al libro *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos,* de Belén Marina-Jalbo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2002, 116, p. 116 y ss.

25. Debo indicar que durante mi etapa como director provincial concedí diversas menciones honoríficas a distintos funcionarios que se habían destacado por su celo profesional. El resultado no pudo ser más óptimo, pues generó una atmósfera de confianza hacia la Dirección en cuanto no se manifestaba como órgano dador de órdenes sino también como órgano dador de reconocimientos morales.

Cfr. CASTILLO BLANCO, F.; ILDEFONSO HUERTAS, R. M., "Régimen disciplinario y responsabilidad civil y penal en la función pública", en *Lecciones de función pública*, CEMCI, Granada, 2003, p. 525.

26. NIETO, Alejandro, *Problemas capitales del Derecho disciplinario, op. cit.*, p. 42.

27. Aforismo derivado de otro, *Fiat iustitia et pereat mundus* ("Hágase justicia y perezca el mundo"), brocardo extraído del existente en la Edad Media que decía: *Fiat iustitia, pereat liceo integer orbis* ("Hágase justicia aunque perezca el entero orbe"). Criterio recogido en la STS de 4 de julio de 1988 (RJ 1988/6472). *Vid.* DOMINGO, R.; RODRÍGUEZ ANTOLÍN, B., *Reglas jurídicas y aforismos,* Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 53.

28. PARADA VÁZQUEZ, J. R., "La degeneración del modelo de función pública. Conmemoración 50 Aniversario", *Revista de Administración Pública*, 1999, 150, p. 443, y PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Obstáculos a la responsabilidad penal de los funcionarios*, 1960, 31, p. 148-149.

29. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español,* parte general, 10ª edición, Dykinson, Madrid, 1986, p. 30, nota 72.

30. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Tratado de Derecho administrativo,* tomo III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, p. 969 con remisión al tomo I, c. XIV.

31. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El problema jurídico de las sanciones administrativas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1976, 10, p. 399 y ss.

nes deriva del *ius puniendi* previsto en el artículo 25 de la CE y por ello esta distinción es irrelevante: sea desde la esfera del Derecho administrativo, sea desde su sustantividad frente al Derecho penal.

Lo que constituyó el núcleo de las disquisiciones de la dogmática es la aplicación de los principios de Derecho penal al Derecho administrativo, criterio que fue acordado en el III Congreso Internacional de Derecho Comparado de 1950, cuyas dos conclusiones principales se trascriben a continuación:

"a) El Derecho penal y el Derecho disciplinario son de naturaleza idéntica. Son dos variedades del Derecho social de castigar que se ejercen en medios diferentes. Esta dualidad de funciones explica y justifica su existencia paralela.

"*b*) Su común naturaleza se traduce, bajo reserva de las adaptaciones necesarias, en una concepción concordante del delito y de la pena. El procedimiento disciplinario tiende a modelar sus principios sobre los de la instrucción común. Tal aproximación del Derecho disciplinario y del Derecho penal debe proseguirse. Importa particularmente que se instituyan serias garantías en beneficio de las personas sujetas al Derecho disciplinario, especialmente en el campo procesal."

La tesis de la independencia del Derecho penal administrativo, que causó un gran impacto en la doctrina, tiene su origen en los autores alemanes. Francia e Italia no participaron en este debate, dado que los injustos de policía y criminal se encuentran globalizados en las infracciones punibles, profundizando más en la etiología de la lesión ocasionada y alejándose de planteamientos generales.

Fue Fuebarbarch en el siglo XIX quien justificó una oposición entre el injusto criminal y el injusto administrativo. La distinción radicaba en que el ilícito criminal atentaba a un derecho subjetivo de una persona o entidad, mientras que el de policía o administrativo castigaba la prevención o previsión de un posible peligro.

Parte este autor de la distinción entre delitos naturales y legales. Son naturales los ataques a los derechos de titulares jurídicos individuales consistentes en una lesión o concreto peligro; mientras que los delitos legales son los cometidos contra el Estado en su función de prevenir la lesión a los derechos de las personas. Esa función previsora era considerada de policía y la trasgresión de la misma ocasionaba un ilícito de policía. Por ello diferenciaba entre acciones dañosas y acciones previsiblemente dañosas, prohibidas penalmente por una peligrosidad natural inherente a ellas, dirigidas a proteger los derechos individuales, pero que al no ocasionar una lesión o concreto peligro sino sólo la previsión de un peligro no constituían propiamente un injusto natural.

Para Goldschmidt, la distinción radicaba en que el injusto administrativo constituía la omisión de apoyo a la Administración del Estado en cuanto encaminada al fomento del bienestar estatal o público. El ilícito penal, los delitos, son las acciones que la ley declara ilícitos que restringen la autonomía de la voluntad, la libertad de los individuos.[32] La construcción de Goldschmidt se fundamenta en la contraposición Estado-individuo. La naturaleza de éste la caracterizó tanto desde el aspecto de individuo como desde su dimensión social, en cuanto su voluntad está sometida al bien del Estado. El delito administrativo sería la conducta contraria al bienestar y progreso del Estado.

Frank aceptó la tesis de Goldschmidt para incluir los delitos que denominaba de policía, pero la diferencia con el anterior autor radicaba en que no sólo era punible la falta de colaboración enderezada al bienestar general sino también a la seguridad particular. Sobre esta distinción construyó dos tipos de delitos de policía. Por eso hay dos grupos de infracciones: unas que afectan al interés de la seguridad general y otras contrarias al buen orden de la comunidad.

En definitiva, el Derecho penal administrativo consistiría en el *conjunto de aquellos preceptos en los cuales la Administración, en tanto tiene confiado el fomento del bienestar público, enlaza, bajo la forma de preceptos jurídicos y dentro del marco de una autorización jurídico-política, a la contravención de una disposición administrativa como tipo, una pena como consecuencia administrativa*.[33]

Afirmación ésta que provocaba la irrelevancia entre dolo y culpa, la obviedad de los distintos grados de participación en la comisión del ilícito administrativo, la admisión de la prueba de la ignorancia disculpable en el precepto administrativo infringido y la creación de tribunales administrativos constituidos al efecto. Sin embargo, esta tesis es rechazada por autores en cuanto supone una separación entre Justicia y Administración, y con ello, las antiguas aspiraciones de crear un Derecho penal administrativo alemán. Se ha verificado, en cualquier caso, un acercamiento hacia fórmulas generalistas, a semejanza de la legislación italiana y francesa, no oponiendo Justicia y Administración sino distinguiendo entre conductas éticamente irrelevantes y delitos.[34] Mattes, puntualiza en su obra *Problemas de*

32. GOLDSCHMIDT, J., *Das Verwaltungsstrafrecht im Verhätnis zur modernen Staats - und Rechtslehre* en Festgabe f., Koch, 1903; *Deliksobligationen des Verwaltungsrech,* 1905; *Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts* en *Archiv, des Straft.,* LIV, 1907; *Verwaltungsstrafrecht, in Oesterreich* en *ZStW.,* 31 (1911), 495 y *Was ist Verwaltungsstrafrecht in Oesterreich* en *Strafr.* Ztg., 1914, 1.

Véase también a FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 402 y ss.

33. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español,* parte general, *op. cit.,* p. 31.

34. MATTES, Heinz y Herta, *Problemas de Derecho penal administrativo*, I, traducción de J. M. Rodríguez Devesa, Edersa, Madrid, 1979.

Derecho penal administrativo[35] que *no está probado por la vía empírica la existencia de infracciones del orden o administrativas sujetas a leyes propias (deducidas de la naturaleza de las cosas, que descansen en la diferente índole material de las acciones)*.

Recalca el autor la indiferenciación entre el Derecho penal y el Derecho penal de la Administración. Tesis corroborada por un estudio de Derecho comparado: en ninguna de las legislaciones examinadas la contravenciones administrativas han provocado la creación de un código en esta materia. No existiendo características propias entre unas y otras, no existe posibilidad de construir un Derecho penal administrativo. Sienta por ello, la falta de elementos necesarios para diferenciar el Derecho penal administrativo del Derecho penal.[36]

España, sin embargo, no siguió la senda de Alemania y otros países de nuestro acervo cultural, y ello como consecuencia de que el cambio de un Estado liberal a otro social no ocasionó un desarrollo desproporcionado del Derecho penal, más bien, del poder punitivo de la Administración. Por ello, los autores no perseguirán la creación de un Derecho penal administrativo sino la aplicación de sus principios creados al amparo del *ius puniendi* del Estado. Esa potenciación en España de las potestades administrativas no ha tenido parangón en ningún país europeo, constituyendo este hecho, como apunta García de Enterría, *una de las imperfecciones más graves de nuestro sistema de Estado de derecho*.

Dos motivos avalan esa potenciación: uno político, como arma frente a sus oponentes que constituyen el origen histórico de las sanciones. Y en segundo lugar, una inadecuación del sistema penal, sea por su lentitud, por su rigidez o por la benignidad de sus sanciones, o por su contenido socialmente infamante.[37]

A pesar de esta situación normativa han existido dos corrientes enfrentadas inducidas por la polémica europea: los que sostienen una identidad entre el ilícito penal y el administrativo, entre ellos, como penalistas: Pacheco, Grolzard y Gómez de la Serna, Dorado Montero, Rodríguez Muñoz, Antón Oneca, Jiménez de Asua, del Rosal, Teruel Carralero y Rodríguez Devesa, entre otros. Como administrativistas, destacamos: Gascón y Marín, Parada Vázquez, García de Enterría y Martín-Retortillo.

En signo contrario, defendiendo la sustantividad del ilícito administrativo frente al penal: Garrido Falla, Villar Palasí, Nieto García y Montoro Puerto.[38]

Hoy cabe realizar dos observaciones. Primera, como apuntan Cobo del Rosal y Vives Antón, la Administración carece de unos intereses propios diferentes de los intereses colectivos, y prueba de ello lo constituye el artículo 103.1 de la CE cuando afirma *que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa* […] *con sometimiento pleno a la ley y al Derecho,* y por ello no es posible distinguir entre ilícitos penales y administrativos.[39] A lo sumo, cabe esperar un replanteamiento por el legislador de los límites del Derecho penal y el administrativo con una redistribución de la materia en atención a la gravedad material de las infracciones y subsidiariamente a consideraciones de política criminal de rapidez y eficacia de la sanción, como defiende Cerezo Mir.

La Constitución española ha determinado un punto de inflexión importante en este debate: el tratamiento unitario que practica a todo el *ius puniendi* del Estado, artículos 24 y 25 de la CE; la progresiva jurisdiccionalización de la potestad disciplinaria; el reconocimiento a todos los ciudadanos de unos derechos fundamentales que vertebran jurídicamente toda la Constitución española y el ordenamiento jurídico; la imposibilidad de extraer de las relaciones de especial sujeción otras consecuencias diferentes a las previstas en la Constitución española, como apunta Trayter Jiménez.[40] Pero también, no obviemos los tribunales de honor, que principalmente operaban en la función pública y que quedan prohibidos por el artículo 26 de la CE, y que es un dato a tener en cuenta en la dimensión organizacional de la potestad disciplinaria. Prohibición constitucional que deroga el artículo 90 de la LF de 1964. Los tribunales de honor quedan prohibidos por cuanto atentaban al principio de legalidad, ya que no existía una previa tipificación de las conductas merecedoras de sanción, pues el objeto del enjuiciamiento trataba lo que hoy cabe denominar *conceptos jurídicos indeterminados*. La dignidad y el honor, por ejemplo, de los funcionarios y de la propia Administración es muestra de la dificultad que entraña la violación de estos principios.

En España, el Código penal de 1995 declara en su título III, capítulo I, artículo 34, que no se reputarán penas:

35. Ídem, p. 496.

36. Un estudio más profundo de las diferentes posiciones de autores en TORIO LÓPEZ, A. "Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la refirma del sistema de sanciones)", en *Comentarios a la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid 1991, p. 2536-2539; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación del funcionario público,* Civitas 1980, p. 263 y ss., y SUAY RINCÓN, J. *Sanciones administrativas,* Bolonia, 1989, p. 51 y ss.

37. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El problema jurídico de las sanciones administrativas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1976, 10, p. 399 y ss.

38. LOZANO CUTANDA, B., "La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: Aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad, en "Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1997, 11, s. p. [p. 41-77].

39. JUDEL PRIETO, A.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.*, Manual de Derecho penal, parte general*, tomo I, coordinador Suárez-Mira Rodríguez, C., Thomson-Civitas, Pamplona, 2005, p. 75.

40. TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons-Escola d'Administració Pública de Catalunya, Madrid, 1992, p. 47.

"1. La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal.

"2. Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados.

"3. Las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas."

Lo que produce el rechazo a la existencia de un Derecho penal administrativo. A lo sumo, como defiende algún autor, la creación de un procedimiento administrativo simplificado, construido a semejanza del procedimiento penal monitorio y cuya incidencia posibilitaría una recepción amplia de los principios del Derecho penal.[41] Las características más destacadas de este procedimiento son las siguientes:

a) El carácter *objetivo* de las conductas, que habrían de entrar en su ámbito de aplicación. Tales conductas debieran permitir el enjuiciamiento típico del hecho por la autoridad administrativa una vez determinada la participación de su autor.

b) Las sanciones previstas para tales infracciones nunca han de conllevar la privación de libertad, por lo que a la autoridad administrativa no se le puede conceder, en el curso del procedimiento, la adopción de la detención o la de cualquier otra medida limitativa de los derechos fundamentales.

c) Las multas a imponer por la autoridad administrativa, debieran serlo a un "tanto alzado" *(amende forfataire)* con arreglo a unos baremos normativamente fijados, que permitieran a dicha autoridad disponer tan sólo de una parte de la totalidad de la sanción prevista. El particular ha de ser consciente (ilustrándole el agente a tal efecto) de que puede finalizar el procedimiento mediante el pago de la sanción o ejercitar el recurso contencioso-administrativo correspondiente con la posibilidad de que triunfe su pretensión, pero con el riesgo también de que el órgano jurisdiccional, apreciando su culpabilidad, le puede imponer un *quantum* de multa más oneroso.

d) Dicho procedimiento ha de estar informado por el artículo 24 de la de la CE y ha de ser por tanto escrupuloso con el derecho de defensa y demás garantías constitucionales, en consonancia con la sentencia del TEDH, de 21 de febrero de 1984, dictada en el caso Otzürck contra la RFA, reclamando la vigencia del derecho de defensa y demás garantías procesales penales del Convenio al sujeto pasivo de un procedimiento administrativo sancionador. Por ello, la autoridad administrativa habrá de ser celosa con la puesta en conocimiento de la infracción, informándole de todas las consecuencias desfavorables que le puede reportar el incumplimiento de la sanción y, de modo especial, de los recursos existentes contra ella.

e) Las sanciones administrativas no han de llevar aparejadas antecedente penal alguno.

f) Caso de que el hecho sea susceptible de ser calificado simultáneamente como ilícito penal y administrativo, la jurisdicción penal ha de ser siempre la preferente, excluyéndose en cualquier caso la posibilidad de infracción al *non bis in idem*.

La creación de este procedimiento paliaría los problemas del principio constitucional de exclusividad jurisdiccional del artículo 117.3 de la CE como el referente a la eficacia probatoria del material instructorio que en muchas ocasiones infringe el artículo 24.1 de la CE.

3. Potestad disciplinaria, derecho al cargo y honor del funcionario

Hasta 1963, se mantuvo en la legislación de función pública la libre separación del servicio y la cesantía como resultado de las necesidades organizativas de la Administración. La Ley de bases de los funcionarios civiles del Estado, 109/1963, de 20 de julio, base VII, dos, señala que:

"El Estado asegura a los funcionarios de carrera el derecho al cargo y, siempre que el servicio lo consienta, la inamovilidad en la residencia."

Desarrollado en el artículo 63.2 de la LF de 1964:

"El Estado asegura a los funcionarios de carrera el derecho al cargo y, siempre que el servicio lo consienta, la inamovilidad en la residencia, así como todos los derechos inherentes al mismo que en esta Ley se establecen."

No obstante la declaración de inamovilidad funcional en la LF de 1964, no produjo, como tampoco ahora produce, una garantía *sensu absoluto* de permanencia en la Administración pública como empleado. El artículo 37 reconoce junto con la sanción disciplinaria de separación de servicio, la renuncia, la pérdida de nacionalidad española, la pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta, la jubilación forzosa o voluntaria y la inhabilitación especial, como modos a través de los cuales la inamovilidad desaparece por extinción del vínculo especial que une al funcionario con la organización pública.

Sin embargo, Martínez de Pisón encuentra una distinción en los modos de pérdida de la condición de funcionario y sobre ella concluye que la separación del servicio disciplinario presupone la derogación de la separación discrecional o del sistema *spoil system*.

41 GIMENO SENDRA, V., "Los procedimientos penales simplificados (principio de 'oportunidad' y proceso penal monitorio)", en *Justicia Penal, Revista del Poder Judicial*, 1988, 2, s. p. [p. 31-49], y VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. A., "El nuevo procedimiento penal monitorio italiano como modelo de simplificación y aceleración de la justicia penal", en *Derecho Comparado, Revista del Poder Ju*dicial, 1990, 19, s. p. [p. 167-187].

Este postulado lo extrae de la modificación del objeto de protección en el procedimiento sancionador: de una protección al honor del funcionario (que supuso la tipificación de conductas sancionables y la aplicación de principios procesales[42] persiguiendo el esclarecimiento de la verdad) a un procedimiento garantista –presuntamente– con el derecho al cargo y el resto de derechos estatutarios.[43] No creo que el derecho al honor hubiese desaparecido sino que junto al derecho al cargo crea una simbiosis necesaria e imperativa. La relevancia del honor, con independencia del tiempo o época de la que se hable, es un atributo de la personalidad, manifestación de la dignidad humana. De ello da cuenta el artículo 18.1 de la CE, que lo contempla como un derecho fundamental, cosa que el constituyente español no hizo expresamente con el derecho al cargo. Y la dignidad del artículo 10 de la CE como un valor constitucional ubicado en el título preliminar de la Constitución española, lo que de por si provoca un plus de valoración y preeminencia interpretativa.

El derecho al cargo junto con el derecho al honor produce las siguientes consecuencias:

1. El régimen disciplinario opera como criterio delimitativo del derecho al cargo cuando tipifica las sanciones disciplinarias. De este modo, no cabe la separación del servicio por causas no tasadas.

2. El régimen procedimental se articula como garantía del funcionario imputado. Imputación que no debe concurrir si no existen unos hechos sancionadores.

3. La sanción de separación del servicio requiere la comisión de unos hechos graves. Supone el enunciado de unos deberes que se contraponen a los derechos estatutarios, marco en el cual interviene la reserva de ley del artículo 103.3 de la CE. Exigiéndose el mayor grado de determinación de esas conductas, rechazándose las cláusulas abiertas como propugnó García de Enterría pues ello supone *volatilizar en rigor el principio de tipicidad*.[44] Sin perjuicio que la jurisprudencia del Tribunal Supremo haya admitido las cláusulas abiertas sobre conceptos jurídicos indeterminados.

4. La sanción de traslado forzoso ocasiona una transformación del derecho al puesto de trabajo por el deber al puesto de trabajo.[45] Sanción que más adelante examinaremos pero que causa sorpresa por lo absurdo de obligar a un funcionario a la movilidad geográfica del puesto y más tarde exigirle un compromiso sincero con la organización, demandándole eficiencia y eficacia en el trabajo. Esto no sucede porque no es realista. Con lo que la sanción es una pena más moral que retributiva y desde luego no se dirige a la reinserción del *condenado* a la diminuta sociedad administrativa, en nuestro caso, la existente en el órgano administrativo. Véase en el artículo 25.2 de la CE que cabe su aplicación mediante una interpretación analógica, pues no sólo se dirige a las penas privativas de libertad sino también a las medidas de seguridad, es decir, a cualquier pena derivada del *ius puniendi* del Estado.

Martínez de Pisón apunta ideas que defendemos: destaca lo decisivo de la potestad disciplinaria en manos de la Administración y sus efectos positivos o negativos que su correcto empleo puede ocasionar. De ahí lo decisivo de identificar el elemento finalista que se persigue con lo disciplinario. Preservar una Administración objetiva e imparcial en el ejercicio de sus funciones debe ser lo prioritario a tenor de la Constitución española y el resto de la legislación. Pero ese criterio no está exento de desviaciones patentes, sobre todo si el empleo de la interpretación jurídica persigue otros objetivos que los legítimos. Ello debe condicionar la labor tipificadora de los ilícitos disciplinarios. Lo que genera otro límite: evitar un *ensanchamiento indebido del principio de jerarquía y sus consecuencias de fidelidad, lealtad u obediencia*. Ello provoca una lesión flagrante del derecho al cargo, usando la potestad disciplinaria como velo injustificable.

El Tribunal Constitucional ya se pronunció en la sentencia de 15 de noviembre de 1990,[46] fundamento de derecho tercero, entre lo que supone una discrepancia de criterio técnico en relación con el cumplimiento de unas órdenes dadas por el superior y lo que es una dejación de las funciones públicas. El razonamiento establece:

"En la STC 75/1984 (RTC 1984/75), que la Sala de la Audiencia de Cáceres invoca para fundar su fallo anulatorio de la sanción administrativa, este Tribunal ha declarado que el principio de legalidad penal y el derecho a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta según la legislación vigente, consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución, no toleran la aplicación analógica *in peius* de las normas penales y exigen su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta doctrina, que ahora procede reiterar, es sin duda aplicable a las infracciones y sanciones administrativas, pues a ellas se refiere también expresamente el artículo 25.1 de la Constitución. Pues bien, en el presente caso, tal como razonablemente sostiene la Audiencia de Cáceres, la

42 Entre ellos el de presunción de inocencia. Principio este que nació en el procedimiento diseñado por el Estado liberal.

Vid. LÓPEZ ORTEGA, J. J., "La dimensión constitucional del principio de la publicidad de la justicia", *Revista del Poder Judicial,* Consejo General del Poder Judicial, 1999, 17 s. p. [p. 13-33].

43. MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I., *Régimen jurídico de la función pública y Derecho al cargo, op. cit.*, p. 468.

44. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; RAMÓN FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, tomo II, Civitas, Madrid, 1990, p. 165 y ss.

45. MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I., *Régimen jurídico de la función pública y Derecho al cargo, op. cit.*, p. 471.

46. (RTC 1990/182).

conducta sancionada no reúne los elementos del tipo definido en el precepto reglamentario aplicado y, por lo mismo, no puede ser subsumida en aquel tipo, *ya que no puede reprocharse incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario porque el órgano sancionador disienta de la previa calificación jurídica de unos hechos observados por la inspectora de Trabajo en el ejercicio de sus funciones propias.*" ■

ESTUDIOS

QDL

La institución del Patrimonio Municipal del Suelo (PMS) como fuente de financiación del presupuesto municipal: un análisis jurídico y financiero a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006 (Presupuesto General del Ayuntamiento de Valladolid de 2003)

Emiliano Sanz Rubio
Interventor-tesorero de Administración Local

1. Introducción.
2. Antecedentes. Cuestiones objeto del proceso.
3. Contenido del pronunciamiento del Tribunal Supremo, en la sentencia de 27 de junio de 2006.
3.1. Planteamiento de la cuestión: análisis de la sentencia de instancia. 3.1.1. Alegaciones de las partes. 3.1.2. Fundamento del fallo de la sentencia de instancia. 3.1.3. Interpretación del contenido del artículo 276.2 del TRLRSOU 92 según la STSJ de Castilla y León. 3.2. Fundamentos de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006. 3.2.1. Cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 276.2 del TRLRSOU. 3.2.2. Fundamento del fallo de la sentencia
4. Significado de la doctrina del Tribunal Supremo respecto al destino de los ingresos procedentes del PMS.
5. El significado del PMS en el proyecto del suelo de 14 de julio de 2006.

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar, si no dar cuenta, del nuevo hito que ha supuesto la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de junio de 2006 –evacuada en recurso de casación contra la sentencia 1380/2004 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid– en la configuración del Patrimonio Municipal del Suelo (PMS, en adelante), como instrumento financiero de carácter finalista dentro de las cuentas municipales.

Ya señalamos hace unas fechas que la regulación del PMS se ha caracterizado desde el punto de vista financiero por su trascendencia cualitativa y cuantitativa y desde el punto de vista jurídico por su complejidad interpretativa.[1]

Esta dificultad, lejos de derivar de las normales técnicas interpretativas y de análisis normativo, residía y reside en la existencia de dos ámbitos normativos con una regulación contradictoria, si no abiertamente opuesta, como son la legislación estatal constituida por los artículos 276 y 280.1 del Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de régimen del suelo y ordenación urbanística (en adelante, TRLRSOU 92), por un lado; y las regulaciones autonómicas que mayoritariamente –y como antecedente del proyecto de Ley estatal del suelo actualmente en tramitación– se alegan de la distinción de los fines atendiendo a la naturaleza de los elementos integrantes del PMS y el destino diferenciado para cada uno de dichos elementos, de carácter estricto respecto a los ingresos a la conservación y ampliación del PMS y más amplio respecto a los bienes una vez incorporados al proceso de urbanización y edificación.

Hoy, transcurridos dos años desde aquella afirmación, podemos añadir algo más, la regulación que contienen determinadas comunidades autónomas, constituyendo la castellano-manchega la más explícita, que determina una configuración del PMS que se opone a la naturaleza de la institución en los términos en los que se encuentra prevista en el TRLRSOU 92, como sus propias exposiciones de motivos se encargan de manifestar.[2]

Para finalizar esta introducción, nos cabe señalar que en este contexto de oposición o confrontación normativa, la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos constituye el primer pronunciamiento del alto tribunal que tiene por objeto dilucidar las reglas que rigen el destino de los ingresos que integran el PMS, constituyendo un trascendente instrumento de interpretación en las funciones de gestión, control y registro que requiere esta materia.

2. Antecedentes. Cuestiones objeto del proceso

Para una fácil comprensión del sentido del fallo, parece conveniente centrar el objeto del recurso de casación desde varios puntos de vista.

Desde un punto de vista formal, la sentencia del Tribunal Supremo resuelve el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Valladolid, ante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de noviembre de 2004, por la que se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo de aprobación definitiva del Presupuesto General para el año 2003.

Desde un punto de vista material, la cuestión reclamada se refiere a que en el Presupuesto impugnado se prevé la venta de bienes integrantes del PMS por importe de 29.680.000 euros y sólo se consignan 5.000.000 de euros para la adquisición de terrenos, por lo que se produce una disminución del PMS de 24.680.000 euros, dado que la entidad demandante entiende que el pro-

1. Un análisis precedente del contenido de este artículo se encuentra en el trabajo denominado "El destino de los ingresos procedentes del patrimonio municipal del suelo. Estudio sobre la 'doctrina establecida' por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencias de 20 de julio y 11 de noviembre de 2004). Unos pronunciamientos desenfocados dentro del esquema problemático y conflictivo de la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas", de fecha 12 de diciembre de 2004 y publicado en la revista *Cunal*, enero-febrero de 2005.

2. En este sentido, la propia sentencia 1380/2004 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su FJ 6, último párrafo, respecto al preámbulo del TRLRSOU 92, señala que:

"En definitiva, como se venía a decir en el preámbulo del TRLS/1992, no es justo ni coherente con el contenido del artículo 47 de la Constitución que las entidades locales utilicen sus terrenos para resolver sus problemas de financiación, ni para la realización de cualesquiera intereses urbanísticos, siendo de esencia de la institución –en cuanto vinculada al artículo 47 de la CE y en el marco de un Estado social (artículo 1.1 de la CE) como el nuestro– que se utilice por la Administración para intervenir en el mercado de terrenos removiendo los obstáculos que impidan o dificulten que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas (artículo 9.2 de la CE). En este sentido, interpreta el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de octubre de 2001 los usos de interés social (artículo 280.1 del TRLS/1992) a que se han de destinar los bienes del PMS, como no equivalentes a mero interés urbanístico."

Por el contrario, la Ley 7/2005, de 7 de julio, de modificación del Decreto legislativo 1/2004, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de Castilla-La Mancha (DOCL de 15 de julio de 2005, núm. 141), en su exposición de motivos, como frontispicio de su innovación, establece que:

"La garantía del acceso a una vivienda digna a un precio razonable a sectores de la población con rentas bajas y medias, así como el cumplimiento de otros usos de interés social, entendidos éstos como cualesquiera actuaciones que tengan por objeto la consecución y mejora de las necesidades colectivas, debe ser un objetivo primordial de las políticas de todas las administraciones. Por ello se hace preciso establecer mecanismos muy concretos de intervención y control del mercado de suelo por las administraciones públicas en general y por los ayuntamientos en particular. Uno de estos mecanismos es el de los patrimonios municipales de suelo.

"La expresión 'usos de interés social', como concepto jurídico indeterminado, ha venido siendo interpretada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, y muy especialmente por la legislación autonómica, en términos de gran amplitud, incluyendo claramente, entre otros destinos, la realización de obras de urbanización, ejecución de sistemas generales, equipamientos y dotaciones. A este respecto, la circunstancia de que la ley regional no haya desarrollado y concretado el expresado concepto de 'usos de interés social' no debe implicar una interpretación restrictiva del mismo. Al contrario, la ausencia de esta concreción debe entenderse como remisión a una interpretación ajustada a la realidad y circunstancia de cada caso en base en las cuales determinar su alcance preciso."

ducto de la enajenación ha de reinvertirse en el propio PMS en cuanto conservación o aumento del mismo y no en otras finalidades, aunque sean finalidades urbanísticas, loables y de interés público.

Finalmente, desde el punto de vista legal, el Ayuntamiento de Valladolid plantea la aplicación preferente del artículo 125 de la Ley 5/1999, de urbanismo de Castilla y León, cuya regulación extiende el destino del PMS más allá de las reglas previstas en el artículo 276.2 del TRLRSOU 92.[3]

Así planteada la tesis, no es difícil atribuir el adjetivo de "global" para las cuestiones planteadas. Sin embargo, el análisis o la interpretación del tema del destino de los ingresos procedentes del PMS se complica aún más, por la jurisprudencia que sobre el tema se está evacuando en diversos tribunales superior de justicia, que, considerando prevalente la normativa autonómica, no analizan ni siquiera implícitamente la problemática del título competencial aplicable en la materia,[4] o si lo analizan yerran en la lectura de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional.[5]

En este escenario, pasamos a desarrollar los elementos determinantes de la doctrina del Tribunal Supremo en este debate.

3. Contenido del pronunciamiento del Tribunal Supremo, en la sentencia de 27 de junio de 2006

3.1. Planteamiento de la cuestión: análisis de la sentencia de instancia

Resulta obligado comenzar señalando el mérito de la resolución judicial del Tribunal Superior de Justicia objeto de recurso de casación, dado el rigor del análisis y la claridad de la exposición formal, razón por la cual quizás el propio Tribunal Supremo extracta los fundamentos de derecho principales.

En este sentido, y obviando el análisis de la evolución legislativa que sobre el tema se realiza –que entendemos ya ha sido objeto de exposición suficientemente–, parece conveniente centrarse en dos ámbitos. Por una parte, las alegaciones de las partes, en las que se recoge en buena medida el contenido de las posiciones doctrinales que sobre el tema se han defendido en lo que se podría denominar la segunda etapa de la interpretación del artículo 276.2 del TRLRSOU y, por otra, la motivación de la sentencia anuladora del Presupuesto General del Ayuntamiento de Valladolid para el ejercicio 2003.

3.1.1. Alegaciones de las partes

Para facilitar el estudio de la resolución, a modo de esquema, podemos señalar que la parte demandante alega como motivos de impugnación que:

1. En el Presupuesto del Ayuntamiento se contempla la venta de bienes integrantes del PMS por importe de 29.680.000 euros, de los que tan sólo 5.000.000 de euros se dedican a la reposición del mismo, vulnerando la regulación contenida en el artículo 276.2 del TRLRSOU 92, que tiene carácter básico, y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo recaída en su aplicación (sentencias de 2 de noviembre de 1995, 25 y 31 de octubre y 2 de noviembre de 2001 del Tribunal Supremo y de esta sala de 5 de diciembre de 2002 y 27 de febrero de 2003).

2. En ningún lugar del Presupuesto consta la afección de los ingresos derivados de la venta de PMS a los fines de conservación y ampliación del mismo.

3. Por lo tanto, el Presupuesto aprobado contiene un déficit prohibido por el artículo 146.4 de la Ley reguladora de las haciendas locales, ante la insuficiencia de los ingresos en relación con los gastos presupuestados, consecuencia de la supresión del estado de ingresos de los procedentes de la venta de Patrimonio Municipal de Suelo, por estar afectados a un fin concreto.

3. La redacción del artículo 125, denominado *Destino*, es la siguiente:

"1. Los bienes de los patrimonios públicos de suelo, los fondos adscritos a los mismos, así como los ingresos obtenidos por su enajenación, deberán destinarse necesariamente a alguno de los siguientes fines de interés social previstos en el planeamiento urbanístico:

"a) Conservación, gestión o ampliación de los propios patrimonios públicos de suelo.

"b) Construcción de viviendas acogidas a algún régimen de protección pública.

"c) *Ejecución de dotaciones urbanísticas públicas, incluidos los sistemas generales.*

"d) Compensación a propietarios a los que corresponda un aprovechamiento superior al permitido por el planeamiento en la unidad de actuación en la que estén incluidos sus terrenos, así como a propietarios cuyos terrenos hayan sido objeto de ocupación directa.

"e) Otros fines de interés social previstos en el planeamiento urbanístico o vinculados a su ejecución, de la forma que se determine reglamentariamente."

4. En este sentido, citar la primera sentencia evacuada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha después de la entrada en vigor de la Ley 7/2005, de 7 de julio, a la que antes hacíamos referencia, sentencia 118/2006, de 10 de julio. Dicho fallo declara conforme a derecho el Presupuesto Municipal del Ayuntamiento de Cuenca, afirmando literalmente en su fundamento segundo que:

"La cuestión central que aquí se debate es si puede prosperar la pretensión actora de que los ingresos obtenidos por el Ayuntamiento de Cuenca por la enajenación de terrenos pertenecientes al Patrimonio Municipal del Suelo, y los procedentes de la conversión a metálico del exceso de aprovechamiento urbanístico, reviertan automáticamente a la cuenta de dicho Patrimonio Municipal del Suelo para que únicamente pueda destinarse a la conservación y ampliación del mismo."

Finalmente, el fundamento jurídico cuarto concluye que "de forma interpretativa se podía llegar perfectamente a la conclusión sostenida por el juez *a quo*, y ya que la Ley autonómica, en el marco y ámbito de la competencia exclusiva que le atribuyó la STC 61/1997 en materia de urbanismo, ha venido a integrar de forma más amplia y flexible los bienes y recursos de todo tipo que integran el Patrimonio Municipal del Suelo, debemos confirmar la sentencia".

5. Ejemplo de este supuesto es el desarrollado en el trabajo citado relativo a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, respecto a los presupuestos de los ayuntamientos de Madrid y Majadahonda, en ambos casos para el año 2002.

Por parte del Ayuntamiento de Valladolid, considerando que el acuerdo de aprobación es conforme a derecho, se alega que:

1. No es pacífico el carácter básico del artículo 276.2 del Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, y afirma que lo único que se puede considerar básico es la existencia misma de la institución del PMS.

2. La regulación contenida en el artículo 125 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León, sobre los destinos posibles de los patrimonios públicos de suelo y sus ingresos –y, en concreto, del PMS– no ha sido objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional, actitud del Estado similar ante preceptos autonómicos de contenido análogo.

3. Aunque se considerase básico todo el contenido del repetido artículo 276, el deber de reinversión puede entenderse también cumplido mediante otras inversiones en materia de urbanismo y vivienda, atendiendo a las necesidades de cada municipio, que es lo que ha hecho, al amparo del artículo 125 de la Ley 5/1999, y como por otra parte hacen los ayuntamientos de ésta y de otras comunidades autónomas al amparo de sus respectivas legislaciones. A estos efectos se alegan que las partidas 511.1/611, 432.1/789.3, 313.2/622, 313.2/632 y 313.2/780 entran dentro del concepto de conservación y ampliación del PMS.

Pero sin duda la cuestión más relevante de la posición procesal de la Administración demandada consiste en solicitar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del artículo 276.2 del TRLRSOU 92 como legislación básica, dada –señala– "la existencia, vigencia, y obligatoriedad del artículo 125 de la Ley 5/1999, de 8 de abril". Se trata de poner de manifiesto que ciertamente existen dos regulaciones que se oponen y que una de las dos ha de entenderse que ha de ser expulsada del ordenamiento jurídico, dado que la lógica del reparto de competencias no puede permitir la coexistencia de dos reglas contrarias.

3.1.2. Fundamento del fallo de la sentencia de instancia

El contenido de la motivación de la sentencia 1380/2004 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León resulta tan certero en la exposición que, como ya hemos dicho, el Tribunal Supremo se hace eco literalmente del mismo.

En este sentido, ha destacarse que el FJ 6 se inicia centrando la cuestión objeto de debate al afirmar que "llegados a este punto, se ha de resolver la cuestión de si el artículo 276.2 del TRLS es básico o no lo es, porque la obligación de destinar los ingresos derivados de la gestión del PMS a la conservación y ampliación del mismo es una previsión que excede de 'la mera determinación de su existencia' y si dicho precepto interpretado en su literalidad es inconstitucional", al no permitir su desarrollo por la comunidad autónoma (artículo 148.1.3 de la CE) u oponerse al principio de autonomía local (artículo 137 de la CE); y que la constitucionalidad del artículo 276.2 ha de analizarse desde el examen de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 61/1997 respecto a las competencias urbanísticas y sus concurrentes, para constatar si la regla respecto al destino de los ingresos está amparada en alguna materia competencia del Estado y si, estándolo, provoca una injerencia o restricción de la competencia urbanística autonómica o, en su caso, en la autonomía local.

Sin duda, se trata de un muy acertado enfoque que debería convertirse, en buena medida, en cláusula de estilo en las resoluciones judiciales que sobre el tema se dicten, como los términos subrogación real o fondo rotatorio lo han sido.

Los ítems que determinan el posicionamiento de la sala, y que resuelve los argumentos que han existido sobre el tema en la doctrina en los últimos años, son los siguientes:

1. Respecto al reparto de competencias en el ámbito urbanístico, la STC 61/1997 señala en su FJ 5 que "la exclusividad competencial de las comunidades autónomas sobre urbanismo no autoriza a desconocer la competencia que, con el mismo carácter, viene reservada al Estado por virtud del artículo 149.1 de la CE", y en el FJ 6 se añade además que "la competencia autonómica exclusiva sobre urbanismo ha de integrase sistemáticamente con aquellas otras estatales que, si bien en modo alguno podrían legitimar una regulación general del entero régimen jurídico del suelo, pueden propiciar, sin embargo, que se afecte puntualmente a la materia urbanística como consecuencia natural de la distribución completa de materias competenciales entre el Estado y las comunidades autónomas".

2. La cobertura competencial del Estado para regular el PMS se fundamenta en el artículo 149.1.13 de la CE respecto a la fijación de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

3. La regulación contenida en los artículos 276.2 y 280, respecto al destino, no suponen injerencia en la competencia urbanística de la comunidad ni vulneración del principio de autonomía municipal, por las siguientes consideraciones:

–El artículo 276 del TRLS no ha sido objeto de impugnación nunca por ninguna comunidad autónoma.

–Aunque la disposición final única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, del régimen del suelo y valoraciones, no ha precisado, como debiera, el carácter básico o no del artículo 276 del TRLS, de ello no se desprende que no lo sea (F 56 de la STC de 11 de julio de 2001), pues *"las normas no son básicas por el mero hecho de estar contenidas en una ley y ser en ellas calificadas como tales, sino que lo esencial del concepto de bases es su contenido"* (STC de 28 de enero de 1982), que está constituido esen-

cialmente por la regulación del "interés general" de la materia de que se trate, correspondiendo al legislador estatal la calificación de lo que en cada momento pueda entenderse de interés general a los efectos de su inclusión en una regulación básica, calificación que puede ser variable en función de las distintas coyunturas política, económicas, sociales que concurran.

El Tribunal Constitucional, al vincular la norma básica a la planificación económica en relación con la vivienda, fijando un mínimo común denominador normativo, que es el que se realice una política de suelo mediante la institución del PMS orientada a hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada a través de la regulación del mercado de terrenos, pero sin absorber toda la regulación de la materia, dejando a las comunidades autónomas un ámbito para desarrollar su propia normativa –fundamentalmente en el aspecto cuantitativo, no en el cualitativo del PMS.

–En el F 36 de la STC 61/1997 se reconoce de forma expresa que la norma que regula el destino de los bienes integrantes del PMS –artículo 280.1 del TRLS– responde al concepto de norma básica directamente vinculada a la competencia exclusiva estatal para fijar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13 de la CE) en relación con la vivienda (artículo 47 de la CE), lo que conecta con el artículo 276 del TRLS, y que la mera determinación de la existencia de la figura del PMS que contempla dicho precepto puede tener cobertura en ese mismo título estatal.

Por tanto, no se puede sostener con rigor que la norma que regula el destino de los bienes que integran una institución es básica, pero que no lo es la propia institución a la que pertenecen o que sólo es básica la norma que regula su existencia (artículo 276.1), pero no la que garantiza su subsistencia (artículo 276.2) vinculando el producto de la enajenación de los bienes del PMS a su conservación y ampliación.

Es obvio que si la regulación de la existencia de la figura del PMS no fuera básica, podía haber comunidades autónomas que no lo constituyeran, otras que sí lo crearían pero sin establecer un sistema de reinversión, por lo que paulatinamente podía desaparecer, frente a otras que sí lo harían, las cuales estarían sujetas a la norma básica que regula el destino de los bienes que integran dicha institución, faltando, en consecuencia, esa regulación uniforme y de vigencia en toda la Nación, con la cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada comunidad autónoma, un común denominador normativo.

3.1.3. Interpretación del contenido del artículo 276.2 del TRLRSOU 92 según la STSJ de Castilla y León

Con esta exposición técnica, la sala, no obstante, no concluye el análisis sino que a modo de tesis es generosa además en manifestar lo que entiende que debe ser la interpretación del precepto objeto de controversia, y acaba el FJ 6 afirmando que dado que tras la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, el legislador estatal, en la Ley 6/1998, de 13 de abril, del régimen del suelo y valoraciones, ha mantenido la regulación de esa institución tal como la había efectuado el legislador en la reforma de 1990-1992, ha de entenderse que –a diferencia de la anterior regulación de 1976, en la que se admitía la enajenación de bienes del PMS para dotaciones públicas e infraestructuras– el artículo 276.2 restringe los fines del PMS a la realización de una política de vivienda, principio rector de la política y social y económica consagrado en el repetido artículo 47 de la CE, que como tal ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (artículo 53.3 de la CE) y se encamina a dar respuesta al grave problema actual de la vivienda, que constituye el espacio necesario para poder desarrollar derechos fundamentales como el de la intimidad personal y familiar y el de la dignidad de la persona.

En definitiva, como se venía a decir en el preámbulo del TRLS/1992, no es justo ni coherente con el contenido del artículo 47 de la Constitución que las entidades locales utilicen sus terrenos para resolver sus problemas de financiación, ni para la realización de cualesquiera intereses urbanísticos, siendo de esencia de la institución, en cuanto vinculada al artículo 47 de la CE.

3.2. Fundamentos de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006

3.2.1. Cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 276.2 del TRLRSOU

Una de las cuestiones que no hemos analizado en la sentencia recurrida ha sido el pronunciamiento del Tribunal Superior sobre la petición de la cuestión de inconstitucionalidad. Pese a lo acertada de la motivación, también en este punto, no obstante no debemos señalar que la negativa de la sala ha supuesto una excelente ocasión perdida, dada la configuración institucional del Tribunal Constitucional como legislador negativo, función de la que carecen los tribunales de justicia.

Sea como fuere, los motivos de no-necesidad del planteamiento de la cuestión de inconstitucional son de dos órdenes.

Por parte del Tribunal Superior de Justicia se afirma que el artículo 125 de la Ley 5/1999 se refiere a los patrimonios públicos del suelo que integra a los propios de la comunidad autónoma y de las diputaciones, por lo que la interpretación de la regulación del precepto ha de entenderse que no afecta a los PMS, cuya regulación es la contenida en el artículo 276.2.

Por lo que se refiere al Tribunal Supremo, éste rechaza el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, además de por la razón del Tribunal Superior de Justicia porque afirma que al señalar la STC 61/1997 la constitucionalidad del apartado primero del artículo 276, "se puede aceptar" que "también sea constitucional" el apartado segundo, concluyendo que "a esta sala no se ofrece duda sobre la constitucionalidad de tal precepto", que por otra parte ya fue aplicado por el Tribunal en una sentencia precedente relativa al Ayuntamiento de Alicante.

En este punto, debemos manifestar que los argumentos analizados entendemos que en ambos casos carecen de un fundamento más profundo y que, como hemos manifestado, suponen una ocasión perdida para dilucidar la solución al conflicto normativo por el Tribunal Constitucional. No obstante, en la actualidad y dado el contenido del actual proyecto de Ley del suelo en tramitación al que más adelante haremos alusión, la relevancia de la posición del Tribunal Constitucional quizás ya no sea tan necesaria, dado que dicho proyecto en buena parte recoge las innovaciones autonómicas en la materia.

3.2.2. Fundamento del fallo de la sentencia

Aparte de la reproducción de los fundamentos jurídicos 6 a 8 de la sentencia de instancia, y de declarar no haber lugar a la casación de la misma, el contenido de la resolución del alto tribunal que se ha de destacar se contiene en el fundamento jurídico tercero, del que destacamos las siguientes argumentaciones en la motivación del rechazo de las alegaciones de casación:

1. Cabe reconocer el carácter básico del artículo 276.2 del TRLRSOU 92, *ex* artículo 149.1.13 de la CE, por su "propia naturaleza y finalidad".

2. En la STS de 7 de noviembre de 2005, para un supuesto similar, ya se señalaba en el FJ 4 que "la cuestión sometida tiene pacifica jurisprudencia" en el sentido de que el artículo 276.2 del TRLRSOU "subsiste", pues ni fue declarado anticonstitucional por el Tribunal Constitucional ni tampoco abrogado por la disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, del régimen del suelo y valoraciones; en el FJ 5 concluye que "nos hallamos frente a una cuestión ampliamente tratada por este Tribunal en múltiples sentencias [...] respecto a la imposibilidad de que los ayuntamientos conviertan el PMS en fuente de financiación de cualquiera necesidades municipales".

Finalmente, y desde un punto de vista formal, ha de destacarse el último inciso de este FJ 3, por su trascendencia procedimental, al afirmar que el Tribunal Supremo no puede entrar en la interpretación y aplicación de la normativa autonómica, ya que la competencia únicamente corresponde al Tribunal Superior de Justicia.

4. Significado de la doctrina del Tribunal Supremo respecto al destino de los ingresos procedentes del PMS

En un tema tan relevante cualitativamente para los presupuestos municipales y de determinación de la normativa aplicable tan complejo dado el estado de la doctrina académica y jurisprudencial y de los intereses afectados, entendemos que este pronunciamiento a favor de los argumentos ya conocidos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León supone una clarificación de la cuestión.

Dada la generalizada opción de las regulaciones autonómicas alejada del estricto destino de los ingresos como fondo de rotación, el panorama jurisprudencial nacional a nivel de los tribunales superiores de justicia se estaba convirtiendo en una dialéctica entre los que consideraban prevalente la ley autonómica (Madrid y Castilla-La Mancha, sentencias ya señaladas) y los que consideraban aplicable la legislación básica estatal (Castilla y León y Valencia, sentencia Presupuesto del Ayuntamiento de Sagunto). En este sentido, celebramos el pronunciamiento de la sala, que sin duda tendrá próximas oportunidades de reconsiderar o convertir en doctrina estos argumentos, dados los recursos pendientes de las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En este orden de cosas, no obstante, debemos concluir que pese al lacónico fallo del alto tribunal, la doctrina jurisprudencial gira en torno a la consideración del PMS como una institución financiera cuya finalidad, pese a la manifestación del artículo 276.1 del TRLRSOU, es exclusivamente atender la política de vivienda, como medio para adquirir terrenos calificados de residenciales y destinarlos a viviendas sometidas a algún régimen de protección publica o adquirir más terrenos que en el caso de no tener la calificación de urbanizable residencial de uso de viviendas sometidas a algún régimen de protección publica, deberán ser objeto de enajenación para con su producto adquirir nuevos terrenos con la misma secuencia.

En cuanto a las conclusiones respecto al ámbito normativo que corresponde a las comunidades autónomas respecto al PMS, una lectura atenta de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 21 de marzo, ya clarificaba indubitadamente que la determinación de los bienes que integran el PMS constituye una competencia autonómica, al afirmar que:

"A la luz de la doctrina sentada, ha de ser atendida la impugnación del artículo 277, puesto que la concreción con carácter básico de cuáles hayan de ser los bienes que lo integran no responde ya de forma inmediata y directa a la planificación general de la actividad económica, sino que constituye, por el contrario, una regulación detallada que ha de quedar a la libre configuración

de las comunidades autónomas, sin que, en este caso, quepa apreciar la concurrencia de ningún otro título competencial en favor del Estado."

Por lo tanto, lo que resulta obligado manifestar es la incoherencia que supone que por las legislaciones autonómicas se quieran extender los límites del destino de los ingresos que integran el PMS –ámbito para el que carecen de competencia constitucional– y que, por otra, amplíen los recursos que se afectan a los destinos del PMS, incluyendo los ingresos derivados de la gestión –arrendamientos, cánones–, multas urbanísticas o mejoras en convenios urbanísticos, entre otros.[6]

Finalmente, corresponde en este punto cuando menos manifestar también el absurdo técnico que además supone incluir entre los bienes que integran el PMS bienes demaniales, como son los equipamientos o dotaciones, para de esta forma considerar incluido en el destino de los ingresos los recursos que se dedican a su construcción o mejora.[7] Este esquema, de una lógica normativa indudable, sin embargo se encuentra comprometido con el contenido del pronunciamiento del Tribunal respecto a la interpretación teleológica de la institución como instrumento financiero para la política de vivienda, puesto que con los ingresos procedentes de venta de terrenos o con el producto de la monetarización del aprovechamiento que corresponde a la Administración municipal únicamente se pueden contemplar destinos vinculados con la construcción de vivienda sujetos a algún régimen de protección.

5. El significado del PMS en el proyecto del suelo de 14 de julio de 2006

La configuración del PMS alumbrada por la Ley 8/1990, de 25 de junio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, plasmada en el Real decreto legislativo 1/1992, de 12 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de régimen del suelo y ordenación urbanística, y continuada por la Ley 6/1996, de 14 de abril, se ha caracterizado, como venimos señalando, por la teoría del fondo rotatorio en terminología jurisprudencial o subrogación real, cuya relevancia se llevaba, incluso, a la propia exposición de motivos.

El proyecto de Ley del suelo del Estado aprobada en el Consejo de Ministros con fecha 14 de julio de 2006 y remitida a las Cortes con la misma fecha, destaca que en la exposición de motivos, en lo que al PMS se refiere, no hace más mención, y de una forma muy oscura, "a un intento de mayor rigor en la determinación de los destinos o las medidas arbitradas para asegurar que se cumple ese destino aun cuando se enajenen los bienes integrantes de los patrimonios públicos del suelo".

Las novedades, por tanto, las tenemos que deducir del contenido de los artículos 33 y 34, contenidos en el título V, denominado "Función social de la propiedad y gestión del suelo", capítulo II, "Patrimonios públicos de suelo" (PPS) y que por obligada mención reproducimos:

"Artículo 33. Noción y finalidad.

"1. Con la finalidad de regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa publica y facilitar la ejecución de la ordenación territorial urbanísticas, integran los PPS los bienes, recursos y derechos que adquiera la Administración en virtud del deber a que ser refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 16, sin perjuicio de los demás que determine la legislación sobre la ordenación territorial y urbanística.

"2. Los bienes de los patrimonios públicos de suelo constituyen un patrimonio separado y los ingresos obtenidos mediante la enajenación de los terrenos que los integran o la sustitución por dinero a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 16, se destinarán a la conservación y ampliación del mismo o a los usos propios de su destino.

"Artículo 34. Destino.

"1. Los bienes y recursos que integran necesariamente los patrimonios públicos de suelo en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo anterior, deberán ser destinados a la construcción de VPO. Podrán ser destinados también a otros usos de interés social de acuerdo con lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística, sólo cuando así lo prevea la legislación en la materia especificando los fines admisibles, que serán urbanísticos o de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural."

En el primer precepto, tras establecer una enumeración que parece ha de considerarse de mínimos respecto a la regulación autonómica de los elementos que

6. Paradigmático, en el sentido, pueden ser la Ley 9/2001, del suelo de la Comunidad de Madrid, o la Ley 7/2002, de 17 de noviembre, de ordenación urbanística de Andalucía. Esta última, en su artículo 72, señala que integran los patrimonios públicos de suelo:

"c) Los *ingresos* obtenidos en virtud de la prestación compensatoria en suelo no urbanizable, de las multas impuestas como consecuencia de las infracciones urbanísticas, así como cualesquiera otros expresamente previstos en esta Ley.

"e) Los *recursos* derivados de su gestión."

Además, el artículo 30.2, regla 3, en relación con la letra c) del artículo 72, añade "cuantas otras aportaciones económicas se realicen en virtud del convenio, cualquiera que sea el concepto al que obedezcan, deberán, igualmente, integrarse en el patrimonio público de suelo de la Administración que lo perciba".

7. En este sentido, la Ley 13/2003, de 23 de diciembre, en su artículo 38.8 modifica el artículo 124 de la Ley 5/1999, que queda redactado del siguiente modo:

"1. Integrarán el patrimonio público de suelo que proceda, según cuál sea su Administración titular, los siguientes bienes, derechos y obligaciones:

"a) El aprovechamiento que exceda del que corresponda a los propietarios de suelo urbano y urbanizable.

"b) Los siguientes bienes inmuebles, sin perjuicio de su afección al uso y dominio públicos:

"4. Las viviendas de propiedad pública y las dotaciones urbanísticas públicas asentadas sobre suelos públicos."

integran los PPS, destaca que, continuando con la innovación llevada a cabo por diversas legislaciones autonómicas, regula unitariamente el destino de los elementos integrantes de los PPS, extendiendo esta regla a un nuevo concepto "usos propios de su destino", los cuales se concretan en el artículo 34, con un carácter ambiguo en la prelación que a buen seguro no facilitará su aplicación.

El primer destino que contiene el artículo 34.1 se refiere al tradicional de "construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección publica". Junto con éste se recoge el otro destino de los "otros usos de interés social", añadiendo determinados elementos para concretar la indefinición del concepto, como son la naturaleza urbanística o de protección o mejora de espacios naturales o bienes del patrimonio cultural.

Esta extensión de las reglas del destino, no obstante, se condiciona a dos requisitos normativos previos, la regulación autonómica y la autorización en el correspondiente instrumento de ordenación, que debemos entender que deberá ser el Plan General, dado el ámbito material al que se refiere.

Independientemente de las opiniones que la *ratio legis* pueda suponer, lo que desde un punto de vista del análisis técnico debemos manifestar es que la configuración del PMS, en lo que a los ingresos se refiere, se distancia de la situación precedente asemejándose más a la regulación del artículo 169 del TRLS 1976 que permita la financiación de obras de infraestructura primaria y del equipamiento urbano o dotaciones públicas.

Este nuevo escenario, dada la ausencia de ponderación cuantitativa a favor del primer destino, desvirtuará, a buen seguro, la configuración histórica del PMS para convertirse en un instrumento financiero afectado más. Correspondiendo a otro ámbito justificar la ineficacia del PMS como instrumento de política antiespeculativa, lo que refleja la futura regulación es que su defensa normativa como legislación básica se ha modificado a favor de las comunidades autónomas, las cuales deben a través de sus regulaciones establecer el protagonismo o no de estos recursos en la financiación de las políticas de vivienda. ■

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 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.

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 enero de 2006 hasta el 30 de abril de 2006, salvo las del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se seleccionan desde el 1 de febrero de 2006 hasta el 31 de mayo de 2006.

Las sentencias seleccionadas, de todos los órdenes jurisprudenciales, ofrecen un amplio abanico de cuestiones muy diversas.

La selección de las sentencias y la coordinación de la sección ha sido realizada por Domènec Sibina Tomàs; la elaboración y redacción de las fichas de las sentencias de los distintos órganos jurisdiccionales, por Eva Arnal Arasa.

A) Jurisdicción constitucional

Tribunal Constitucional. Derecho fundamental de reunión en lugares de tránsito público

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 7023/2003
RESOLUCIÓN: 163/2006
FECHA: 22 de mayo de 2006
PONENTE: D. Eugeni Gay Montalvo
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 21 de la CE
DOCTRINA: Derecho fundamental de reunión en lugares de tránsito público (FJ 2, 3, 5 y 6)

SUPUESTO DE HECHO

Los organizadores de una manifestación comunicaron a la Delegación del Gobierno de Madrid su voluntad de realizar una manifestación y concentración para mostrar la disconformidad de los trabajadores del INEM con la citación de crisis de dicho organismo. La Delegación del Gobierno sólo autorizó la concentración en otro horario y en otra zona, alegando que la celebración en los términos propuestos conllevaría importantes retenciones y repercusiones negativas para la movilidad de vehículos y peatones, y afectaría de modo importante la actividad comercial y financiera de la zona. Ante ello, los sindicatos propusieron varias modificaciones, con respecto a la duración y al recorrido, denegándose nuevamente la manifestación y concentración en los términos propuestos y autorizándose únicamente una concentración ante el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 14 a 15 horas.

El sindicato interpuso un recurso contencioso-administrativo por los trámites del proceso especial de protección del derecho de reunión, siendo éste desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Contra ambas resoluciones, el sindicato interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la vulneración del derecho fundamental de reunión y manifestación de las entidades recurrentes (artículo 21 de la CE) como consecuencia de la extralimitación por parte de la autoridad gubernativa en el ejercicio de las competencias que la Ley orgánica reguladora del derecho de reunión reconoce en esta materia, por la falta de motivación del acto impugnado y, en la práctica, por el vaciamiento del núcleo esencial del derecho de reunión y manifestación, mediante el expediente de impedir la comunicación de las reivindicaciones a los ciudadanos.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal hizo referencia en primer lugar a su doctrina en relación con el derecho de reunión reconocido por el artículo 21 de la CE, describiéndolo como "una manifestación colectiva de la libertad de expresión efectuada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo (agrupación de personas), el temporal (duración transitoria), el finalista (licitud de la finalidad) y el real y objetivo (lugar de celebración)" (FJ 2).

Por su parte, el Tribunal recordó que:

"el ejercicio del derecho de reunión del artículo 21 de la CE está sometido al cumplimiento de un requisito previo: el deber de comunicarlo con antelación a la autoridad competente […]. Se trata tan sólo de una declaración de conocimiento a fin de que la autoridad administrativa pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes como la protección de derechos y bienes de titularidad de terceros." (FJ 2)

Con respecto a los límites del mencionado derecho, el Tribunal señaló que:

"el derecho de reunión no es un derecho absoluto o ilimitado […] ese ejercicio no puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes."

Y recordó los requisitos explicitados por la jurisprudencia, declarando que:

"El primer requisito impuesto por la Constitución para poder aplicar el límite del artículo 21.2 es la existencia de 'razones fundadas' de alteración del orden público. Para que pueda prohibirse una concentración no basta, pues, la mera sospecha o la posibilidad de que la misma produzca esa alteración, sino que quien adopta esta decisión debe poseer datos objetivos suficientes, derivados de las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso, a partir de los que cualquier persona en una situación normal pueda llegar racionalmente a la conclusión, a través de un proceso lógico basado en criterios de experiencia, que la concentración producirá con toda certeza el referido desorden público […] si existen dudas sobre la producción de estos efectos, una interpretación sistemática del precepto constitucional lleva a la necesaria aplicación del principio de *favor libertatis* y a la consiguiente imposibilidad de prohibir la realización de la concentración." (FJ 2)

Respecto al concepto de "orden público", el Tribunal señaló que:

"esa noción de orden se refiere a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político." (FJ 2)

Como segundo requisito, el Tribunal indicó que:

"las concentraciones tan sólo pueden prohibirse, en aplicación del límite previsto en el artículo 21.2 de la CE, cuando existan razones fundadas para concluir que de llevarse a cabo se producirá una situación de desorden material en el lugar de tránsito público afectado, entendiendo por tal desorden material el que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas o a la integridad de bienes públicos o privados." (FJ 2)

A continuación, el Tribunal se centró en los problemas que el derecho de reunión puede presentar en relación con el tráfico rodado y la ponderación que ha de hacerse entre los distintos bienes y valores constitucionales en juego:

"es que sólo en supuestos muy concretos podrá concluirse que la afectación del tráfico conlleva una alteración del orden público con peligro para personas o bienes. […] En una sociedad democrática, el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación. Precisamente, para hacer compatibles estos dos usos de los lugares de tránsito público, el artículo 21.2 de la CE ha establecido la exigencia de la comunicación previa al objeto de que los poderes públicos puedan adoptar las medidas preventivas necesarias para lograr esa compatibilidad." (FJ 3)

A lo anterior, el Tribunal añadió que:

"Para prohibir las reuniones no puede invocarse una genérica conflictividad circulatoria, ya que, incluso en esas zonas de densa circulación, pueden darse casos en los que las circunstancias específicas de las reuniones convocadas –por ejemplo, la hora, el carácter festivo del día, el previsible escaso número de asistentes o la garantía de no obstrucción prolongada de calzadas– lleven a la convicción de que no existen razones fundadas de que la reunión va a producir un colapso circulatorio que altere el orden público con peligro para personas o bienes.

[…]

"Esa ponderación casuística corresponde hacerla a los poderes públicos y en especial a la autoridad gubernativa que, en el supuesto de que decida prohibir la concentración, dado que se trata de limitar el ejercicio de un derecho fundamental y en atención a lo establecido explícitamente en el artículo 21.1 de la CE, que habla de la existencia de 'razones fundadas', debe: a) motivar la resolución correspondiente […]; b) fundarla, esto es, aportar las razones que le han llevado a la conclusión que de celebrarse se producirá la alteración del orden público proscrita, y c) justificar la imposibilidad de adoptar las medidas preventivas necesarias para conjurar esos peligros y permitir el efectivo ejercicio del derecho fundamental." (FJ 3)

Lo anterior llevó al Tribunal a considerar vulnerado el derecho constitucional invocado. Al respecto, el Tribunal tuvo en cuenta que la manifestación y las dos concentraciones habían sido comunicadas a la autoridad gubernativa cumpliendo la totalidad de los requisitos previstos legalmente, que ante la denegación de la manifestación en los términos propuestos, los sindicatos habían propuesto una nueva, incluyendo como medida de seguridad un servicio de orden. Asimismo, se destacó que la autoridad correspondiente:

"no tuvo en cuenta ninguna de las argumentaciones ofrecidas por los sindicatos convocantes, la autoridad gubernativa procedió a suprimir, es decir, a prohibir, la concentración inicial ante el Ministerio de Administraciones Públicas, así como toda la manifestación desde ese punto hasta el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Únicamente se permitió, en consecuencia, la concentración final." (FJ 4)

Por su parte, el Tribunal entendió que:

"no se ha argumentado 'plena y racionalmente todo lo que motiva la modificación de lo pretendido por los organizadores de la manifestación', ni se han justificado adecuadamente 'las modificaciones que introducían lo solicitado para evitar el peligro para personas, bienes o valores constitucionales'." (FJ 5)

Finalmente, el Tribunal consideró que "tampoco se aprecia la proporcionalidad", afirmando que:

"en cuanto al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, de comprobar si la medida era equilibrada por derivarse de la misma más beneficios para el interés general que perjuicios sobre el derecho de reunión, tampoco se supera dicho juicio por cuanto no se han dado en ningún momento razones fundadas sobre las que sustentar en el caso concreto el interés general que se trataba de preservar (las alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes) y lo único manifiesto es el perjuicio que para el derecho de reunión supuso la eliminación de la concentración ante el Ministerio de Administraciones Públicas, es decir, ante uno de los sujetos directos afectados, y la imposibilidad de desplazarse haciendo pública la protesta y la reivindicación programada hasta el otro punto de concentración." (FJ 6)

Por lo expuesto, el Tribunal consideró que se había vulnerado el derecho invocado por el recurrente, otorgando el amparo solicitado, declarando la nulidad de las resoluciones impugnadas.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este número, sobre el derecho de reunión en lugares de tránsito público, ver las siguientes sentencias: STC 110/2006, de 3 de abril, y STC 90/2006, de 27 de marzo.

Sobre el alcance del derecho de reunión, ver las siguientes sentencias: STC 124/2005, de 23 de mayo (Aranzadi 2005/124); STC 195/2003, de 27 de octubre (Aranzadi 2003/195); STC 42/2000, de 14 de febrero (Aranzadi 2000/42); STC 66/1995, de 8 de mayo (Aranzadi 1995/66), y STC 55/1988, de 28 de abril (Aranzadi 1988/55).

Sobre el deber de comunicar a la autoridad competente con carácter previo: STC 36/1982, de 16 de junio (Aranzadi 1982/36) (FJ 6); STC 59/1990, de 29 de marzo (Aranzadi 1990/59) (FJ 5), y STC 66/1995, de 8 de mayo (Aranzadi 1995/66) (FJ 2).

Sobre el derecho de reunión y las alteraciones al orden público, ver la siguiente sentencia: STC 66/1995, de 8 de abril (Aranzadi 1995/66).

Sobre el derecho de reunión y la circulación de vehículos, ver las siguiente sentencia: STC 59/1990 (Aranzadi 1990/59).

Sobre la exigencia de "razones fundadas" para denegar la celebración de una reunión: STC 36/1982 (Aranzadi 1982/36).

Tribunal Constitucional. Derecho fundamental de reunión en lugares de tránsito público

SUPUESTO DE HECHO

El delegado del Gobierno de Extremadura impuso a un manifestante una sanción de 301 euros por instigar a un grupo de unas cincuenta o sesenta personas a que se situaran en la calzada, hasta que concluyó la concentración, cortando el tráfico de vehículos en los dos sentidos de la vía.

Contra dicha resolución se interpuso un recurso de alzada, que fue desestimado por el subdirector general de Recursos del Ministerio del Interior.

Frente a ello, el interesado interpuso un recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por el juzgado correspondiente. Frente a ello, interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la violación del derecho de reunión en lugares de tránsito público y manifestación (artículo 21 de la CE).

El Tribunal constitucional otorgó el amparo solicitado, anulando las resoluciones impugnadas.

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 6350/2004
RESOLUCIÓN: 110/2006
FECHA: 3 de abril de 2006
PONENTE: D. Guillermo Jiménez Sánchez
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 21 de la CE
DOCTRINA: Derecho fundamental de reunión en lugares de tránsito público (FJ 3 y 5)

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal reiteró lo declarado en otras ocasiones en relación con el alcance del derecho de reunión reconocido en el artículo 21 de la CE, señalando que éste es "una mani-

festación colectiva de la libertad de expresión efectuada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo (agrupación de personas), el temporal (duración transitoria), el finalista (licitud de la finalidad) y el real y objetivo (lugar de celebración)" (FJ 3).

Asimismo, el Tribunal recordó que:

"el ejercicio del derecho de reunión del artículo 21 de la CE está sometido al cumplimiento de un requisito previo: el deber de comunicarlo con antelación a la autoridad competente […]. Se trata tan sólo de una declaración de conocimiento a fin de que la autoridad administrativa pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes como la protección de derechos y bienes de titularidad de terceros." (FJ 3)

Por lo que se refiere a los límites del mencionado derecho, el Tribunal señaló que:

"como en todo derecho fundamental, contribuyen a configurar su propio contenido, hemos recordado que el ejercicio del derecho de reunión, no sólo puede ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, sino también ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de ella como consecuencia de la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales." (FJ 3)

Con respecto a los límites del mencionado derecho, el Tribunal indicó que "el derecho de reunión no es un derecho absoluto o ilimitado […] ese ejercicio no puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes", y señaló que "su ejercicio puede ser limitado tanto por lo específicamente previsto en el propio artículo 21.2 de la CE (alteración del orden público con peligro para personas y bienes) como por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado de ese derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (lo que se deduce del artículo 10.1 de la CE)" (FJ 3).

Con respecto a la cuestión planteada, el Tribunal advirtió que:

"el ejercicio del derecho de manifestación, por su propia naturaleza, requiere la utilización de los lugares de tránsito público y, dadas determinadas circunstancias, permite la ocupación, por así decir, instrumental de las calzadas, reconociendo que la celebración de este tipo de reuniones suele producir trastornos y restricciones en la circulación de personas y vehículos, pero que no por ello el ejercicio de este derecho fundamental, aun cuando conlleve las señaladas restricciones, ha de ser considerado constitucionalmente ilegítimo, por cuanto 'en una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación'." (FJ 5)

Por ello el Tribunal consideró que:

"se vulneró el derecho fundamental de reunión y manifestación (artículo 21 de la CE), pues la sanción se impuso por una conducta que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional acabada de citar, no traspasó los límites impuestos por el artículo 21.2 de la CE al ejercicio del derecho de manifestación. Y ello es debido a que […] 'la interrupción del tráfico en una parte del recorrido por el que discurre una manifestación no puede considerarse, sin más, como una conducta contraria al límite que específicamente establece el artículo 21.2 de la CE, pues, tal como se ha indicado, los cortes de tráfico sólo pueden considerarse comprendidos en dicho límite cuando como consecuencia de los mismos puedan ponerse en peligro personas o bienes'. Pues bien, ni las resoluciones administrativas ni la judicial, cuyas afirmaciones fácticas constituyen un límite para esta jurisdicción de amparo *ex* artículo 44.1.b) de la LOTC, contienen referencia alguna que permita afirmar que, más allá del puro y simple corte de circulación durante un período de unos cuarenta y cinco minutos, la concentración de las personas en la calzada se produjera en un lugar distinto al designado en la comunicación previa que de la manifestación se realizó (lo que por imprevisible hubiera resultado un exceso en el ejercicio del derecho), ni que se diera lugar a una alteración del orden público que implicase un peligro para personas o bienes (circunstancia contemplada en el artículo 21.2 de la CE como límite al ejercicio del derecho) ni, finalmente, que se pusiera en peligro ninguno otro bien constitucionalmente relevante que exigiese el sacrificio del derecho de reunión para su preservación." (FJ 5)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal otorgó el amparo solicitado, declarando la nulidad de las resoluciones impugnadas.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este número, sobre el derecho de reunión en lugares de tránsito público, ver las siguientes sentencias: STC 163/2006, de 22 de mayo, y STC 90/2006, de 27 de marzo.

Sobre el alcance del derecho de reunión, ver las siguientes sentencias: STC 124/2005, de 23 de mayo (Aranzadi 2005/124); STC 195/2003, de 27 de octubre (Aranzadi 2003/195); STC 42/2000, de 14 de febrero (Aranzadi 2000/42); STC 66/1995, de 8 de mayo (Aranzadi 1995/66), y STC 55/1988, de 28 de abril (Aranzadi 1988/55).

Sobre el deber de comunicar a la autoridad competente con carácter previo: STC 36/1982, de 16 de junio (Aranzadi 1982/36) (FJ 6); STC 59/1990, de 29 de marzo (Aranzadi 1990/59) (FJ 5), y STC 66/1995, de 8 de mayo (Aranzadi 1995/66) (FJ 2).

Sobre el derecho de reunión y las alteraciones al orden público, ver la siguiente sentencia: STC 66/1995, de 8 de abril (Aranzadi 1995/66).

Sobre el derecho de reunión y la circulación de vehículos, ver la siguiente sentencia: STC 59/1990 (Aranzadi 1990/59).

Tribunal Constitucional. Derecho fundamental de reunión en lugares de tránsito público

SUPUESTO DE HECHO

Los organizadores comunicaron a la Delegación del Gobierno la convocatoria de una manifestación. El delegado del Gobierno suprimió parcialmente el itinerario de la misma, obligando a los asistentes a concentrarse en la zona peatonal sin invadir la calzada, para no obstaculizar el tráfico rodado. Los organizadores formularon un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, al entender que se había vulnerado su derecho de reunión (artículo 21 de la CE), siendo éste desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Ante ello, los organizadores interpusieron un recurso de amparo ante el

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 7115/2002
RESOLUCIÓN: 90/2006
FECHA: 27 de marzo de 2006
PONENTE: D. Pascual Sala Sánchez
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 21 de la CE, y artículo 10 de la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio, del derecho de reunión
DOCTRINA: Derecho fundamental de reunión en lugares de tránsito público (FJ 2, 3 y 4)

Tribunal Constitucional por vulneración de su derecho de reunión en lugares de tránsito público.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, declarando la nulidad de las resoluciones impugnadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal reiteró lo declarado en otras ocasiones en relación con el alcance del derecho de reunión reconocido en el artículo 21 de la CE, señalando que éste es "una manifestación colectiva de la libertad de expresión efectuada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo (agrupación de personas), el temporal (duración transitoria), el finalista (licitud de la finalidad) y el real y objetivo (lugar de celebración)" (FJ 2).

En cuanto a los límites del derecho de reunión, el Tribunal recordó que:

"su artículo 21.2 establece explícitamente, como límite específico al ejercicio de ese derecho fundamental, que ese ejercicio no puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes. El primer requisito impuesto por la Constitución para poder aplicar el límite del artículo 21.2 es la existencia de 'razones fundadas' de alteración del orden público […]. No basta la mera sospecha o la posibilidad de que la misma produzca esa alteración, sino que quien adopta esta decisión debe poseer datos objetivos suficientes, derivados de las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso, a partir de los que cualquier persona en una situación normal pueda llegar racionalmente a la conclusión, a través de un proceso lógico basado en criterios de experiencia, de que la concentración producirá con toda certeza el referido desorden público." (FJ 2)

Acerca de las alteraciones del orden público ocasionadas por las concentraciones que afectan a la circulación de vehículos por vías de tránsito rodado, el Tribunal recordó que:

"el ejercicio de este derecho, por su propia naturaleza, requiere la utilización de los lugares de tránsito público y, dadas determinadas circunstancias, permite la ocupación instrumental de las calzadas, reconociendo que la celebración de este tipo de reuniones suele producir trastornos y restricciones en la circulación de personas y de vehículos." (FJ 2)

En este sentido, el Tribunal señaló que:

"d) Para prohibir una concentración, los poderes públicos, especialmente la autoridad gubernativa, deberán proceder a una ponderación de las circunstancias concurrentes y, atendiendo a la existencia de razones fundadas, deberán motivar la resolución correspondiente, señalando las razones que les han llevado a la conclusión que, de celebrarse, se producirá la alteración del orden público proscrita." (FJ 2)

A continuación, el Tribunal se centró en el caso enjuiciado, analizando en primer lugar la alegación de los recurrentes relativa a la extemporaneidad de la notificación de la resolución del delegado del Gobierno, que sobrepasó el plazo legal de setenta y dos horas establecido por la Ley orgánica 9/1983.

Al respeto, el Tribunal aclaró que:

"Para que este incumplimiento de la legalidad ordinaria tenga relevancia constitucional debe darse alguno de los dos requisitos establecidos por la doctrina constitucional: o bien que la extemporaneidad fuese producida con ánimo dilatorio, para impedir el ejercicio del derecho, o que hubiese hecho imposible la revisión judicial de la resolución gubernativa. Ninguno de los dos requisitos concurre en el presente recurso." (FJ 3)

Comoquiera que en el caso estudiado no se cumplía ninguno de los dos requisitos, el Tribunal desestimó dicho motivo de amparo.

En cuanto al fondo del asunto, declaró que:

"La posible limitación del derecho fundamental de reunión en lugares de tránsito público reconocida en el artículo 21.2 de la CE, desarrollado por el artículo 10 de la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio, del derecho de reunión, requiere que existan razones fundadas de que su ejercicio implicará una alteración del orden público con peligro para personas o bienes. Este Tribunal ha reconocido la posible restricción del derecho fundamental de reunión 'cuando dicha reunión en el lugar de tránsito público altere el orden público y ponga en peligro la integridad de las personas o de los bienes' […].

"Aun admitiendo que, en determinadas circunstancias, la autoridad gubernativa puede extender el límite impuesto por el artículo 21.2 de la CE al ejercicio del derecho fundamental de reunión en lugares de tránsito público a supuestos donde el peligro para personas y bienes es sólo indirecto, la resolución gubernativa deberá motivarse detalladamente y no basarse en consideraciones genéricas sobre la posible alteración del orden público y, además, la resolución deberá justificar la imposibilidad de adoptar las medidas preventivas necesarias para conjurar esos peligros y permitir el efectivo ejercicio del derecho fundamental." (FJ 4)

Analizando la concurrencia de las circunstancias indicadas al caso estudiado, el Tribunal consideró que:

"la resolución gubernativa no carece de motivación, pero, en vez de adoptar alguna medida preventiva que permitiera conjurar los peligros previstos, optó por hacer uso de la facultad contenida en el artículo 10 de la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio, del derecho de reunión, suprimiendo parcialmente el ejercicio del derecho de los recurrentes." (FJ 4)

Acerca de la proporcionalidad de la medida adoptada, el Tribunal señaló que:

"Para comprobar si la medida restrictiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si la misma cumple los tres requisitos siguientes: la idoneidad de la restricción para conseguir el objetivo propuesto, que era la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes; la necesidad de la misma, en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto." (FJ 4)

Con respecto a los requisitos mencionados, el Tribunal señaló en primer lugar que:

"la restricción impuesta por la resolución impugnada permite alcanzar el objetivo perseguido, y de que resulta idónea para evitar el colapso circulatorio por vías principales de la capital con riesgo para personas y bienes derivado de la imposibilidad de acceso de los servicios de ambulancia, policía y bomberos." (FJ 4)

En cuanto a los otros requisitos, el Tribunal advirtió que:

"Más problemático resulta determinar si cumple […] el relativo a la necesidad de la restricción impuesta o el de si cabía adoptar alguna medida menos drástica para garantizar el orden público sin peligro para personas o bienes. Los demandantes de amparo cumplen con la carga de la prueba de proponer, como medida alternativa, un itinerario distinto que, según la demanda, hubiera sido menos restrictivo que la decisión finalmente adoptada […]. Nuestro enjuiciamiento sobre la proporcionalidad de la restricción acordada […] debe contrastar ésta con la medida alternativa propuesta por los demandantes de amparo, consistente en un cambio de itinerario de la manifestación […]. En conclusión […] la autoridad gubernativa bien pudo considerar como medida alternativa la modificación del itinerario desviándolo a calles próximas pero de menos trascendencia a efectos circulatorios para garantizar el derecho de reunión de los recurrentes."

Por tanto, el Tribunal consideró que:

"No podemos aceptar, por tanto, que la restricción impuesta fuese necesaria para garantizar el orden público por no ser posible acordar una medida alternativa más respetuosa con el derecho fundamental de reunión de los recurrentes." (FJ 4)

Finalmente, en cuanto al tercer requisito, el Tribunal declaró que:

"tampoco podemos considerar proporcional en sentido estricto la supresión parcial del derecho de reunión de los recurrentes, en el sentido de que de la misma se derivasen más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. La finalidad de la medida acordada por la resolución gubernativa era evitar el colapso circulatorio con posible peligro para personas o bienes derivado de la imposibilidad de garantizar la prestación de los servicios de ambulancia, policía y bomberos […]. La fluidez del tráfico rodado en vías principales de Madrid no tiene mayor relevancia constitucional que el ejercicio del derecho de reunión, cuya relevancia fundamental como cauce de participación democrática en un Estado social y democrático de Derecho." (FJ 4)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal otorgó el amparo solicitado, al considerar que se había producido una vulneración del derecho fundamental de los recurrentes.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este número, sobre el derecho de reunión en lugares de tránsito público, ver las siguientes sentencias: STC 163/2006, de 22 de mayo, y STC 110/2006, de 3 de abril.

Sobre el alcance del derecho de reunión, ver las siguientes sentencias: STC 85/1988, de 28 de abril (Aranzadi 1988/85) (FJ 2), y STC 284/2005, de 7 de noviembre (Aranzadi 2005/284) (FJ 3).

Sobre las limitaciones al derecho de reunión: STC 284/2005, de 7 de noviembre (Aranzadi 2005/284) (FJ 3), y STC 66/1995, de 8 de mayo (Aranzadi 1995/66) (FJ 3).

Sobre el derecho de reunión en lugares de tránsito público, ver las siguientes sentencias: STC 59/1990, de 29 de marzo (Aranzadi 1990/59) (FJ 8); STC 66/1995, de 8 de mayo (Aranzadi 1995/66) (FJ 3); STC 66/1995, de 8 de mayo (FJ 3); STC 59/1990, de 29 de marzo (Aranzadi 1990/59) (FJ 8); STC 103/2001, de 23 de abril (Aranzadi 2001/103) (FJ 10), y STC 147/2001, de 27 de junio (Aranzadi 2001/147) (FJ 4).

Sobre la proporcionalidad en las restricciones al ejercicio del derecho de reunión, ver las siguientes sentencias: STC 55/1996, de 28 de marzo (FJ 3); STC 66/1995, de 8 de mayo (Aranzadi 1995/66) (FJ 5); STC 265/2000, de 13 de noviembre (Aranzadi 2000/265) (FJ 8); STC 36/1982, de 16 de junio (Aranzadi 1982/36) (FJ 8), y STC 66/1995, de 8 de mayo (Aranzadi 1995/66) (FJ 3).

Tribunal Constitucional. Derecho a la tutela judicial efectiva. Legitimación activa de cargos electos que no hayan intervenido en la adopción de la resolución impugnada

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera.
Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 5515/2003
RESOLUCIÓN: 108/2006
FECHA: 3 de abril de 2006
PONENTE: D. Manuel Aragón Reyes
VOTO PARTICULAR: D. Javier Delgado Barrio
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24.1 de la CE; artículo 20.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), y artículo 63.1.a) y b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL)
DOCTRINA: Derecho a la tutela judicial efectiva. Legitimación activa de cargos electos que no hayan intervenido en la adopción de la resolución impugnada (FJ 2 y 3)

SUPUESTO DE HECHO

El presidente de la Diputación provincial de Lugo dictó un decreto por el que se decidía suscribir un contrato de duración determinada a tiempo completo a S para prestar servicios como administrativo en el Servicio Provincial de Recaudación. Un diputado de la mencionada Diputación provincial interpuso un recurso contencioso-administrativo contra el mencionado Decreto, solicitando su nulidad por entender que vulneraba los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública, y por entender que la plaza estaba reservada para su cobertura por personal funcionario. El juzgado de lo contencioso-administrativo correspondiente estimó la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la Diputación provincial e inadmitió el recurso, razonando que el demandante no podía alegar como título legitimador el artículo 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL), en relación con el artículo 20.a) de la LJCA, pese a que había interpuesto el recurso en su condición de diputado provincial, porque no se cumplía el requisito de haber votado en contra del acuerdo impugnado que exige aquel precepto. Asimismo, se afirmaba que el demandante también carecía de interés legítimo como particular, pues aunque sostenía que se trata de un potencial candidato a la plaza en cuestión, ni impugnó las bases de la convocatoria del puesto ni participó en el procedimiento selectivo.

El diputado formuló un recurso de apelación contra dicha resolución, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Ante ello, el diputado formuló un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en relación con los derechos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23 de la CE). El recurrente sostenía que estaba legitimado para impugnar el Decreto impugnado tanto por su condición de diputado provincial como por ser titular de un "interés legítimo", al ostentar un interés colectivo y de naturaleza política en relación con el acto administrativo impugnado.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, anulando las sentencias impugnadas y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al de dictarse la primera resolución.

El magistrado D. Javier Delgado Barrio formuló un voto particular, por disentir del parecer mayoritario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal se centró en analizar si la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación activa

había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, en su faceta de acceso a la jurisdicción. A tal efecto, se remitió a lo declarado por el mismo en un supuesto similar, en el que se inadmitió un recurso por falta de legitimación activa del concejal demandante, que no pudo votar contra el acuerdo municipal sobre el nombramiento de una funcionaria interina por no pertenecer al órgano competente que lo dictó. Como en esa ocasión, el Tribunal declaró lo siguiente:

"al lado de esa legitimación, que en definitiva es la general para poder acceder al proceso contencioso-administrativo según el artículo 19.1.a) de la vigente LJCA, existe una legitimación *ex lege*, que corresponde concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto –inclusive puede hablarse de una obligación– de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los municipios el artículo 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local." (FJ 2)

El Tribunal consideró que dichas apreciaciones eran trasladables al caso enjuiciado, declarando lo siguiente:

"que los diputados provinciales, a diferencia de los concejales, no sean elegidos mediante sufragio universal y directo de los vecinos o ciudadanos, sino indirectamente y por un sistema de representación de segundo grado, […] no empece para que una vez proclamados los diputados electos y constituida la Diputación provincial, los diputados ejerzan las funciones representativas que les correspondan como miembros electivos de la corporación local, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141.2 de la CE y en los artículos 31.3, 32, 33, 73 y 77 de la LBRL."

Por tanto:

"los diputados provinciales, como los concejales, ostentan la condición de representantes populares de las correspondientes corporaciones locales, condición de la que dimana su legitimación *ad hoc* para poder impugnar los actos de la Diputación provincial que consideren contrarios al ordenamiento jurídico y que se traduce en un interés concreto de controlar su correcto funcionamiento, como medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de los fines propios y específicos de la provincia como entidad local." (FJ 2)

Dicho esto, el Tribunal señaló que:

"el artículo 20.a) de la LJCA, después de disponer que 'no pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una administración pública […] los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados', salva de inmediato el caso de que 'una ley lo autorice expresamente'. Esta ley, en cuanto ahora interesa, es, precisamente, el citado artículo 63.1.b) de la LBRL […] que establece que 'junto con los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico: los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos'." (FJ 3)

Acerca del alcance del artículo 20.a) de la LJCA, el Tribunal declaró que:

"La interpretación del precepto trascrito no puede quedarse en el restrictivo sentido de que sólo, en cuanto aquí importa, los diputados provinciales que hubieran integrado uno de los órganos colegiados de la Diputación (Pleno y Junta de Gobierno) y hubieran votado en contra del acuerdo adoptado por aquéllos estarían legitimados para impugnarlo en vía contencioso-administrativa, como si de un aislado título legitimador se tratara. Por el contrario, esta excepción, que responde al obligado interés del diputado provincial disidente en el correcto y ajustado a Derecho funcionamiento de la corporación local a que pertenece, ha de presuponer lógicamente el *prius* de la legitimación del diputado provincial para impugnar jurisdiccionalmente las actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico en que hubiera podido incurrir su corporación, de la que la excepción legal –la del artículo 63.1.b) de la LRBRL– sería una consecuente aplicación." (FJ 3)

Por lo expuesto, el Tribunal otorgó el amparo solicitado, reconociendo el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente y anulando las resoluciones impugnadas.

VOTO PARTICULAR

El magistrado D. Javier Delgado Barrio formuló un voto particular por disentir del parecer mayoritario, pues consideraba que el diputado no estaba legitimado para impugnar el Decreto del presidente de la Diputación. Éste basó su argumentación en el siguiente razonamiento:

"El principio de legalidad, genéricamente anunciado en el artículo 9.3 de la Constitución, tiene su específica proyección sobre la Administración pública en su artículo 103.1, que impone a ésta el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho –el precepto a pesar de la sedes materiales es aplicable a todas las administraciones públicas como expresamente pone de relieve para la Administración local el artículo 6.1 de la LBRL–. De este sometimiento deriva, en lo que ahora importa, una consecuencia fundamental, que es la de que los actos administrativos han de dictarse precisamente por el órgano competente. Y en relación con este requisito de la competencia, habrá que indicar que la técnica de la división del trabajo –a ella obedece la configuración del mencionado requisito–, que en el campo de las organizaciones privadas responde a principios de racionalización y eficacia, en el Estado de Derecho asume además y también otra importante significación, en cuanto implica una garantía de que las decisiones se han de adoptar precisamente por aquel órgano al que corresponde velar por un determinado aspecto del interés público justamente la incompetencia es desde el punto de vista histórico el primero de los posibles vicios del acto administrativo.

"Resulta, así, perfectamente razonable que aquellos que no forman parte del órgano competente para resolver la cuestión, no estén legitimados para impugnar la resolución: sencillamente, el ordenamiento jurídico, al trazar la distribución competencial, los ha excluido del ámbito de los sujetos a los que se atribuye la gestión del aspecto del interés público concernido."

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En un supuesto similar, sobre la legitimación activa de un concejal que no participó en el acuerdo relativo al nombramiento de una funcionaria por no pertenecer al órgano competente, ver la siguiente sentencia: STC 173/2004, de 18 de octubre (Aranzadi 2004/173).

Tribunal Constitucional. Evaluación de impacto ambiental. Órgano ambiental competente para resolver acerca de la realización o autorización de proyectos de obras o actuaciones competencia del Estado

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Pleno. Jurisdicción constitucional. Recurso de inconstitucionalidad núm. 2870/1998
RESOLUCIÓN: 101/2006
FECHA: 30 de marzo de 2006
PONENTE: D. Javier Delgado Barrio
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 149.1.23 de la CE; artículo 11.1.a) del Estatuto de autonomía del País Vasco; artículos 44.1, 47.1, 4, 6 y 8, 48, 52.2, 53.2 y anexo I B) de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente del País Vasco; anexo 2 del Real decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, Reglamento para ejecución del Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación del impacto ambiental, y anexo II del Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental
DOCTRINA: Evaluación de impacto ambiental. Órgano ambiental competente para resolver acerca de la realización o autorización de proyectos de obras o actuaciones competencia del Estado (FJ 4 y 5)

SUPUESTO DE HECHO

El presidente del Gobierno interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 44.1, 47.1, 4, 6 y 8, 48, 52.2, 53.2 y anexo I B) de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente del País Vasco. El objeto del recurso se basaba en la determinación del órgano ambiental competente en aquellos supuestos en los que la competencia sustantiva para la realización o autorización del proyecto de obra o actuación reside en el Estado. El motivo de la impugnación se fundamentaba en que algunos preceptos (artículos 44.1 y 47.1) atribuían la competencia para la emisión de la declaración de impacto ambiental al órgano ambiental de la Comunidad Autónoma del País Vasco, y ello sin distinguir entre los diferentes tipos de obras y actividades, de modo que si bien dicha atribución competencial no resultaba reprochable cuando aquéllas fueran de la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sin embargo operaba de modo indebido respecto de las que debían ser autorizadas o realizadas por el Estado a partir de los diferentes títulos competenciales previstos en el artículo 149.1 de la CE. Los restantes artículos recurridos (47.4, 6 y 8, 48, 52.2 y 53.2) se consideraba que infringían el orden constitucional de competencias por atribuir también a la comunidad autónoma diversas facultades conexas con la declaración de impacto ambiental.

Los artículos impugnados disponían lo siguiente:

"Artículo 44. Competencias.

"1. A los efectos de lo previsto en los artículos 46 y 47 se entenderá como órgano competente para la emisión del informe y de la declaración de impacto ambiental el órgano ambiental de la comunidad autónoma."

"Artículo 47. Evaluación individualizada de impacto ambiental.

"1. Con carácter previo a la resolución administrativa que se adopte para la realización o, en su caso, autorización de los proyectos contemplados en el apartado B) del anexo I de esta Ley, éstos se someterán a un procedimiento de evaluación individualizada que culminará con una declaración de impacto ambiental del órgano competente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 y determinará, a los solos efectos ambientales, la conveniencia o no de tal actuación y, en caso afirmativo, fijará las condiciones en que deba realizarse."

"Artículo 47. Evaluación individualizada de impacto ambiental.

"4. El plazo máximo para la emisión de la declaración de impacto ambiental será de cuatro meses a contar desde la remisión del estudio de impacto ambiental al órgano competente de cuerdo con lo dispuesto en el artículo 44. Transcurrido dicho plazo sin que existiera pronunciamiento expreso podrá proseguirse con el procedimiento.

"6. El órgano competente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44, podrá prorrogar, mediante resolución motivada, los plazos para la emisión de la declaración de impacto ambiental a los que se refieren los apartados 4 y 5 del presente artículo.

"8. La declaración de impacto ambiental contendrá un plazo para el inicio de la ejecución de los proyectos, transcurrido el cual sin haberse procedido al mismo, por causas imputables a su promotor, aquélla perderá toda su eficacia. No obstante, si existieran causas debidamente justificadas, el órgano competente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44, podrá prorrogar al plazo de inicio de ejecución."

"Artículo 48. Resolución de discrepancias.

"Las discrepancias que pudieran generarse entre los órganos citados en el apartado primero del artículo anterior serán resueltas por el Gobierno de la comunidad autónoma o en su caso por la diputación foral correspondiente."

"Artículo 52. Relaciones intercomunitarias y transfronterizas.

"2. En el supuesto de que la ejecución de las actuaciones contempladas en el anexo I de esta Ley causara efectos transfronterizos sobre el medio ambiente de otro Estado, el órgano ambiental de la comunidad autónoma facilitará a las autoridades competentes del territorio afectado el estudio de impacto ambiental que a tal efecto se elabore."

"Artículo 53. Inspección y control."

El Tribunal Constitucional estimó la cuestión de inconstitucionalidad, declarando que los artículos 44.1, 47.1, 4, 6 y 8, 48, 52.2 y 53.2, en su conexión con el anexo I B), vulneraban las competencias del Estado, y eran por tanto inconstitucionales exclusivamente en cuanto se referían a obras o actuaciones competencia de éste.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Examinando la Ley vasca recurrida, el Tribunal destacó que la misma configuraba tres procedimientos de evaluación de impacto ambiental (artículo 43): la evaluación conjunta, dirigida a valorar los efectos que sobre el medio ambiente puede producir la aplicación de un plan, la evaluación individualizada, relativa a los proyectos de obras y actuaciones que se relacionan en el anexo I B), que constituía el objeto del recurso, y la evaluación simplificada, que valoraba los efectos de proyectos de menor incidencia, la cual tampoco era objeto de controversia.

Dicho esto, el Tribunal destacó "la relevancia que tiene la determinación del órgano ambiental competente (en la Ley impugnada, artículo 44.1, el autonómico) para emitir la declaración de impacto ambiental". A este respecto, el Tribunal citó la STC 13/1998, que en su momento ya analizó el Real decreto legislativo 1302/1986. En virtud de dicha sentencia, el artículo 5 del Real decreto legislativo 1302/1986 quedó modificado por la Ley 6/2001 en los siguientes términos:

"1. A efectos de lo establecido en este Real decreto legislativo y, en su caso, en la legislación de las comunidades autónomas, el Ministerio de Medio Ambiente será órgano ambiental en relación con los proyectos que deban ser autorizados o aproba-

dos por la Administración General del Estado. 2. Cuando se trate de proyectos distintos a los señalados en el apartado 1, será órgano ambiental el que determine cada comunidad autónoma en su respectivo ámbito territorial. 3. Cuando corresponda a la Administración General del Estado formular la declaración de impacto ambiental, será consultado preceptivamente el órgano ambiental de la comunidad autónoma en donde se ubique territorialmente el proyecto." (FJ 4)

A continuación, el Tribunal declaró que:

"la evaluación de impacto ambiental es una técnica transversal, que condiciona (ahora o en el próximo futuro) la práctica totalidad de la actuación estatal que se materializa físicamente, produciendo las consiguientes repercusiones en el territorio y en el medio ambiente de una o varias comunidades autónomas. […] determina 'la conveniencia o no de realizar el proyecto' y, en caso afirmativo, debe fijar 'las condiciones en que debe realizarse'; a su vez, el contenido de la declaración está llamado a integrarse en la autorización que concederá el órgano titular de la competencia sustantiva sobre el proyecto, formando sus condiciones 'un todo coherente con las exigidas para la autorización del proyecto', como señala el artículo 18, apartados 1 y 2, del Reglamento." (FJ 4)

Por ello, el Tribunal advirtió que:

"La evaluación de impacto ambiental no puede caracterizarse, por consiguiente, como ejecución o gestión en materia de medio ambiente." (FJ 4)

En cuanto al reparto competencial en la materia, el Tribunal aclaró que:

"sólo resulta determinante respecto a aquellas intervenciones administrativas cuya razón de ser consiste en la protección del medio ambiente: es decir, cuando el acto administrativo tiene como finalidad y efecto la preservación y la restauración del ambiente afectado por la actividad intervenida, como es el caso de la autorización de actividades calificadas. Pero cuando la Administración general del Estado ejerce sus competencias exclusivas en distintos ámbitos materiales, como son administración de justicia, aeropuertos y puertos, ferrocarriles, aguas continentales, instalaciones eléctricas, obras públicas de interés general, minas y energía, patrimonio cultural y seguridad pública, hay que atenerse a la distribución de competencias que efectúan los estatutos de autonomía en el marco del artículo 149 de la CE." (FJ 4)

Por tanto, según el Tribunal:

"es conforme con el orden constitucional de competencias que la normativa impugnada confíe la evaluación del impacto ambiental a la propia Administración que realiza o autoriza el proyecto de una obra, instalación o actividad que se encuentra sujeta a su competencia, a tenor del bloque de la constitucionalidad." (FJ 4)

A continuación, y siguiendo con el alcance de las competencias de la comunidad autónoma vasca, el Tribunal indicó que ésta:

"debe intervenir de dos modos en el procedimiento de evaluación ambiental en las materias de competencia estatal que afecten a su territorio. En primer lugar, mediante 'las consultas entre las dos administraciones, antes incluso de formularse el estudio técnico de impacto ambiental' (FJ 10). Y, en segundo lugar, recabando el Estado de la Administración vasca los informes correspondientes 'antes de formular la declaración de impacto ambiental, informes cuyo contenido debe ser ponderado expresamente por la autoridad estatal que formule la declaración de impacto ambiental y, en su caso, por la autoridad que adopte la decisión final sobre el proyecto, asumiendo sus conclusiones o exponiendo las razones de discrepancia por las que no pueden ser aceptadas'." (FJ 4)

Aclarado lo anterior, el Tribunal se centró en el análisis de los preceptos impugnados. Con respecto a los 44.1 y 47.1, el Tribunal declaró lo siguiente:

"el listado de actividades contenido en el anexo I B) no distingue entre las que sean de competencia estatal –las que puedan resultar cubiertas por los títulos competenciales del artículo 149.1 de la CE: 20, 21, 22, 24, 25, 26, etc.– o autonómica, por lo que, al ser de aplicación a ambas la atribución competencial impugnada, se vulneran las competencias el Estado respecto de las primeras, de acuerdo con la doctrina reproducida en el fundamento jurídico 4. En suma, la declaración de impacto ambiental correspondiente a las obras y actuaciones de competencia estatal debe ser emitida por el órgano estatal competente, previas las actuaciones de colaboración a que hemos hecho referencia." (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal consideró que los preceptos mencionados conculcaban competencias del Estado.

En cuanto a los artículos 47.4, 6 y 8, 48, 52.2 y 53.2, el Tribunal estuvo de acuerdo con el Abogado del Estado en que atribuían al órgano ambiental competente de la Comunidad Autónoma del País Vasco facultades de carácter ejecutivo que eran complementarias de la declaración de impacto, por lo que cuando ésta correspondía a un órgano estatal debía de ser el propio Estado el titular de la competencia prevista en cada uno de aquéllos.

Sobre este punto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"las funciones objeto de controversia son complemento natural inseparable de la facultad principal ya reconocida al Estado (plazo para emitir la declaración de impacto y prórroga del mismo, establecimiento de plazo para la ejecución de proyectos y eventuales prórrogas, en su caso, resolución de discrepancias, traslado de información a otro Estado y suspensión de la ejecución de los proyectos).

"Y es de añadir que las mencionadas funciones se inscriben en un procedimiento de tramitación de la declaración de impacto, que cuando se refiera a obras y actuaciones de competencia estatal sólo puede ser regulado por el propio Estado, de acuerdo con nuestra doctrina sobre la competencia para regular los procedimientos administrativos especiales." (FJ 5)

A continuación, el Tribunal señaló que:

"sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del procedimiento administrativo común, que en la actualidad se encuentran en las leyes generales sobre la materia coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa *ratione materiae*. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las comunidades autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración." (FJ 5)

A la vista de lo expuesto, el Tribunal estimó el recurso de inconstitucionalidad, declarando que los artículos 44.1, 47.1, 4, 6 y 8, 48, 52.2 y 53.2 de la Ley del Parlamento Vasco 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente, vulneraba las competencias del Estado y eran, por tanto, inconstitucionales únicamente en cuanto se referían a obras o actuaciones competencia de éste.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En relación con la competencia para la evaluación de impacto ambiental de los proyectos de obras y actividades del Estado en el territorio de las comunidades autónomas, ver la siguiente sentencia: STC 13/1998, de 22 de enero (Aranzadi 1998/13).

Declarando que cuando la Administración general del Estado ejerce sus competencias sobre el territorio de una comunidad autónoma, debe ejercerlas siempre atendiendo los puntos de vista de ésta, ver las siguientes sentencias: STC 56/1986 (Aranzadi 1986/56); STC 103/1989 (Aranzadi 1989/103); STC 149/1991 (Aranzadi 1991/149), y STC 102/1995 (Aranzadi 1995/102).

Tribunal Constitucional. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales por falta de pronunciamiento sobre cuestiones sustanciales y decisivas para el fallo. Incongruencia omisiva. Retroactividad de la Ley penal más favorable

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 2938/2001
RESOLUCIÓN: 85/2006
FECHA: 27 de marzo de 2006
PONENTE: D. Javier Delgado Barrio
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 24.1 y 25.1 de la CE
DOCTRINA: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales por falta de pronunciamiento sobre cuestiones sustanciales y decisivas para el fallo. Incongruencia omisiva. Retroactividad de la Ley penal más favorable (FJ 4, 5, 6, 9 y 11)

SUPUESTO DE HECHO

La Administración de Hacienda de Hortaleza incoó a la empresa D varias actas relativas a varios impuestos correspondientes al período 1984-1986. Ante el impago de las anteriores deudas, se giraron las correspondientes providencias de embargo y finalmente se procedió a declarar la quiebra de la entidad en 1993. En febrero de 1994, la jefa del servicio de recaudación de la AEAT dictó un acto administrativo de derivación de la responsabilidad, declarando responsables subsidiarios del pago de las deudas pendientes a quienes entre 1984 y 1986 formaban parte del Consejo de Administración. Tras advertirse un error material en la derivación de la responsabilidad, se procedió a su rectificación. Contra dicha resolución, tres de los administradores interpusieron un recurso de reposición, siendo éste estimado en parte, mediante resoluciones en las que se minoraba el alcance de la responsabilidad subsidiaria. Contra dichas resoluciones, en 1994 los recurrentes interesaron una reclamación económico-administrativa, que fue estimada en parte por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid. Frente a dicha resolución, en noviembre de 1997 los interesados formularon un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, solicitando que se reclamara a la Administración de la AEAT los expedientes administrativos de los recursos de reposición y los expedientes de derivación de responsabilidad de deudas. El Tribunal acordó suspender el término concedido para la presentación de la demanda y reclamó la remisión del expediente completo a la citada Administración, que remitió copias compulsadas de los recursos. En octubre de 1998, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid notificó a los recurrentes una providencia por la que se tenía por formalizada la demanda y se daba traslado a la misma al Abogado del Estado. Contra dicha providencia, los recurrentes, considerando que el expediente se encontraba aún incompleto, interpusieron un recurso de súplica, solicitando la suspensión del traslado del escrito de demanda y del plazo para contestar a la Abogacía del Estado en tanto que no fuera remitida la totalidad del expediente. Dicho trámite fue evacuado mediante un expediente por el que se ampliaban los fundamentos de derecho recogidos en el escrito de demanda con dos alegaciones: por un lado, se reiteraba la indefensión, al no haberse completado el expediente hasta entonces, y por otro lado, la caducidad del procedimiento de derivación de la responsabilidad.

En febrero de 2001, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso. Contra dicha sentencia, los recurrentes formularon un incidente de nulidad, alegando falta de congruencia por no resolver detalladamente todas las cuestiones planteadas, en particular sobre la indefensión vulneradora del artículo 24 de la CE que habrían padecido los recurrentes al no haberse remitido por la Administración el expediente completo. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró improcedente la admisión del incidente de nulidad, al no darse los supuestos contemplados por el artículo 240 de la LOPJ.

Contra dicha resolución, los recurrentes formularon un recurso de amparo, alegando la vulneración del derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales (artículo 24.1 de la CE), al incurrir el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en incongruencia *omisiva* o *ex silentio*, dado que, habiéndose aducido por los actores la caducidad del procedimiento de derivación de responsabilidad, el órgano judicial no había respondido a esta alegación, así como del derecho a no ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento (artículo 25.1 de la CE), al no haberse aplicado el artículo 37.3 de la LGT, en su redacción dada por la Ley 25/1995, pese a que estaba vigente cuando el Tribunal dictó sentencia y era claramente más favorable para los demandantes, dado que, en su virtud, la responsabilidad alcanzará a la totalidad de la deuda tributaria "con excepción de las sanciones".

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, reconociendo el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes y anulando las resoluciones impugnadas, retrotrayendo las actuaciones al momento procesal anterior a que la misma fuese dictada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Con carácter previo, el Tribunal se refirió a la naturaleza de las cantidades reclamadas por la Administración tributaria. Al respecto, el Tribunal advirtió que la responsabilidad por las deudas tributarias durante el período en que los recurrentes formaron parte del Consejo de Administración alcanzaba exclusivamente a sanciones. Dicho esto, el Tribunal advirtió que:

"En la medida en que […] la responsabilidad derivada por la Administración tributaria a los recurrentes tiene un contenido punitivo, es evidente que, conforme a nuestra jurisprudencia, resultan aplicables las garantías materiales y procesales que se deducen de los artículos 25.1 y 24.2, ambos de la CE." (FJ 4)

A continuación, el Tribunal analizó la posible vulneración del artículo 25.1 de la CE. Al respecto, el Tribunal señaló que:

"parten los recurrentes de la premisa de que el citado artículo 25.1 de la CE exige la aplicación retroactiva de las normas de carácter punitivo más favorables. Sin embargo […] la jurisprudencia de este Tribunal viene negando la posible inclusión del principio de retroactividad de la Ley penal más favorable en el artículo 25.1 de la CE y, de esta forma, su eventual defensa en esta vía constitucional." (FJ 4)

En este sentido, el Tribunal añadió que:

"Ciertamente, este Tribunal ha señalado en varias ocasiones que el artículo 9.3 de la CE, además de establecer la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, garantiza también, interpretado *a contrario sensu*, la retroactividad de la Ley penal o sancionadora más favorable […] viene declarando reiterada-

mente que el artículo 9.3 de la CE, por imperativo de los artículos 53.2 de la CE y 41.1 de la LOTC, queda extramuros del amparo […] razón por la cual no cabe acudir a esta vía para denunciar, como aquí se hace, la inaplicación retroactiva de una norma sancionadora más favorable." (FJ 4)

En consecuencia, el Tribunal entendió que no se había producido una infracción del artículo 25.1 de la CE.

Sin embargo, el Tribunal sí consideró que se había producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24.1 de la CE. A este respecto, el Tribunal se refirió en primer lugar a la doctrina relativa al vicio de incongruencia, señalando que:

"la incongruencia omisiva o *ex silentio* […] tiene lugar cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las cuestiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución." (FJ 5)

Dicho esto, el Tribunal indicó que:

"el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva no sólo se vulnera cuando la pretensión no recibe respuesta, sino también cuando el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes."

En este sentido, el Tribunal advirtió que:

"cuando la cuestión puesta de manifiesto no es una simple alegación secundaria, instrumental en el razonamiento jurídico, sino un alegato sustancial que contiene los hechos o argumentos jurídicos básicos y fundamentales que nutren la pretensión, dicha cuestión integra la razón por la que se pide, debiendo ser tratada en forma expresa o, en su caso, considerada en forma siquiera implícita por la sentencia, pues de otro modo se desatiende la defensa esgrimida por la parte en un aspecto con posible incidencia sobre el fallo, dando lugar a una denegación de justicia." (FJ 5)

Finalmente, el Tribunal se refirió a los requisitos necesarios para que la incongruencia omisiva adquiera relevancia constitucional, declarando lo siguiente:

"para que la incongruencia omisiva adquiera relevancia constitucional deben cumplirse dos requisitos: en primer lugar, que la cuestión cuyo conocimiento y decisión se dice que quedó imprejuzgada haya sido efectivamente planteada ante el órgano judicial en momento procesal oportuno […]; y, en segundo lugar, que la omisión se refiera a cuestiones que, de haber sido consideradas en la decisión, hubieran podido determinar un fallo distinto al pronunciado." (FJ 5)

Aplicando lo indicado al caso enjuiciado, el Tribunal concluyó que se había incurrido en incongruencia omisiva vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes al no haberse pronunciado sobre una alegación sustancial expresamente formulada como la caducidad del procedimiento de derivación de responsabilidad.

Sobre este punto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"es claro que los recurrentes plantearon la cuestión de la caducidad del procedimiento de derivación de responsabilidad en el momento procesal oportuno; que dicha cuestión debe calificarse como sustancial y decisiva para el fallo, dado que, de haberse apreciado, podría haber determinado la nulidad de lo actuado por los órganos de recaudación; que la sentencia de 14 de febrero de 2001 no se ha pronunciado ni explícita ni implícitamente sobre la citada alegación; que en el escrito promoviendo el incidente de nulidad de actuaciones se señalaba expresamente que el procedimiento de derivación de la responsabilidad había caducado, invocando la incongruencia de la sentencia; y, en fin, que la providencia de 24 de abril de 2001, al inadmitir el incidente de nulidad de actuaciones, ha impedido definitivamente a los recurrentes conocer el motivo o motivos por los que no se ha apreciado la existencia de caducidad del expediente. Todo lo cual debe llevar a la conclusión de que se ha vulnerado el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24.1 de la CE." (FJ 6)

A continuación, el Tribunal analizó si también se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por no haber podido cuestionar las actas de inspección expedidas en su momento por la Administración tributaria.

Sobre dicha cuestión, el Tribunal declaró lo siguiente:

"puede ocurrir que pese a los reiterados requerimientos del órgano jurisdiccional, la Administración no consiga cumplir su 'deber' de remitir el expediente completo –este es el caso que se examina–. Pero entonces las consecuencias desfavorables del incumplimiento de ese 'deber' no habrán de ser soportadas por el ciudadano: las reglas sobre la carga de la prueba recogidas en el artículo 114 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, general tributaria –hoy, artículo 105 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre– ponen a cargo de la Administración tributaria la acreditación de 'los hechos normalmente constitutivos' de su derecho. Esto implica que para la derivación de la responsabilidad prevista en el artículo 40.1 de la LGT, la Administración soporta la carga de probar que la persona jurídica ha dejado de ingresar en plazo una determinada deuda tributaria, que dicha conducta está tipificada como infracción tributaria y se realizó culpablemente, que la sanción impuesta es la que la Ley establece para el ilícito cometido y, en fin, que los administradores de la entidad a quienes se declara responsables subsidiarios han realizado alguno de los comportamientos ilícitos previstos en el citado artículo 40 de la LGT." (FJ 9)

Dicho esto, el Tribunal señaló que:

[…] en principio, el incumplimiento por parte de la Administración de su deber de remitir el expediente administrativo completo no influye en las posibilidades de defensa de quien acude al proceso contencioso-administrativo impugnando una resolución de la Administración." (FJ 9)

Sin embargo, aclaró al respecto que:

"una cosa es que en este caso no pueda apreciarse que la circunstancia de haber tenido que formular la demanda sin disponer de la totalidad del expediente administrativo haya causado indefensión material a los recurrentes y otra muy distinta es que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid impugnada no incurra en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se aduce en la demanda de amparo." (FJ 9)

En este sentido, el Tribunal aclaró que:

"la motivación suficiente de las sentencias constituye un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE […]." (FJ 9)

Y entendió que las resoluciones impugnadas no habían sido debidamente motivadas. A este respecto, refiriéndose a lo declarado por la resolución impugnada, el Tribunal indicó que:

"la Sala de lo Contencioso-Administrativo no niega que la Administración tributaria no haya aportado la documentación completa de las actuaciones inspectoras seguidas con D; tampoco cuestiona que dicha documentación fuera precisa para impugnar las actas y liquidaciones tributarias derivadas de dichas actuaciones. Simplemente, rechaza […] que tal omisión haya lesionado el derecho de defensa de los recurrentes porque 'no ha determinado imposibilidad alguna de alegación frente a las cuestiones objeto del recurso', teniendo en cuenta que las actas 'fueron firmadas en conformidad'; afirmación con la que se viene a sostener que cuando el deudor principal presta su conformidad respecto de las actas, los sujetos declarados responsables pueden discutir sobre la procedencia del acto de derivación de la responsabilidad, pero no acerca de las deudas tributarias (en este caso, sanciones) que se derivan y que, así, quedarían, como consecuencia de la conformidad, inatacables." (FJ 11)

Ante ello, el Tribunal declaró que:

"resulta irrazonable considerar la conformidad prestada por un tercero (la persona que compareció en las inspecciones en representación de D) como un acto propio de quien no la ha prestado (los ahora recurrentes en amparo), que es, en definitiva, el argumento que lleva al órgano judicial a sostener que en este caso no causa indefensión a los recurrentes el no disponer del expediente administrativo completo." (FJ 11)

Por lo expuesto, el Tribunal consideró que la motivación de la sentencia impugnada era contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En consecuencia, el Tribunal otorgó el amparo solicitado, reconociendo el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente y anulando las resoluciones impugnadas.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Acerca de la aplicabilidad de las garantías de los artículos 25.1 y 24.2 de la CE en los casos de responsabilidad derivada por la Administración tributaria con contenido punitivo, ver las siguientes sentencias: STC 145/2004, de 13 de septiembre (Aranzadi 2004/145) (FJ 3); STC 52/2004, de 13 de abril (Aranzadi 2004/52) (FJ 3); STC 54/2003, de 24 de marzo (Aranzadi 2003/54) (FJ 3); STC 9/2003, de 20 de enero (Aranzadi 2003/9) [FJ 3.a)], y STC 116/2002, de 20 de mayo (Aranzadi 2002/116) (FJ 3).

Negando la posible inclusión del principio de retroactividad de la Ley penal más favorable en el artículo 25.1 de la CE y, de esta forma, su eventual defensa en amparo constitucional, ver las siguientes resoluciones: STC 14/1981, de 29 de abril (Aranzadi 1981/14) (FJ 7); STC 68/1982, de 13 de mayo (Aranzadi 1982/68) (FJ 3); STC 122/1983, de 26 de octubre (Aranzadi 1983/122) (FJ 2); STC 51/1985, de 10 de abril (Aranzadi 1985/51) (FJ 7); STC 131/1986, de 29 de octubre (Aranzadi 1986/131) (FJ 2); STC 196/1991, de 17 de octubre (Aranzadi 1991/196) (FJ 3); STC 38/1994, de 17 de enero (Aranzadi 1994/38) y STC 177/1994, de 10 de junio (Aranzadi 1994/177) (FJ 1), y ATC 226/1990, de 4 de junio (Aranzadi 1990/226 auto) (FJ 2).

Declarando que el artículo 9.3 de la CE, por imperativo de los artículos 53.2 de la CE y 41.1 de la LOTC (RCL 1979, 2383), queda fuera del amparo constitucional, ver las siguientes sentencias: STC 159/1997, de 2 de octubre (Aranzadi 1997/159) (FJ 2); STC 183/1997, de 28 de octubre (Aranzadi 1997/183) (FJ 3); STC 71/1998, de 30 de marzo (Aranzadi 1998/71) (FJ 4); STC 36/1999, de 22 de marzo (Aranzadi 1999/36) (FJ 2); STC 84/1994, de 10 de mayo (Aranzadi 1994/84) (FJ 4), y STC 111/2001, de 7 de mayo (Aranzadi 2001/111) (FJ 7).

Sobre el vicio de incongruencia omisiva, ver las siguientes sentencias: STC 85/2000, de 27 de marzo (Aranzadi 2000/85) [FJ 3.a)]; STC 8/2004, de 9 de febrero (Aranzadi 2004, 8) (FJ 4); STC 83/2004, de 10 de mayo (Aranzadi 2004/83) (FJ 3); STC 130/2004, de 19 de julio (Aranzadi 2004/130) [FJ 3.a)]; STC 146/2004, de 13 de septiembre (Aranzadi 2004/146) (FJ 3); STC 95/2005, de 18 de abril (Aranzadi 2005/95) [FJ 2.a)]; STC 103/2005, de 9 de mayo (Aranzadi 2005/103) (FJ 3); STC 264/2005, de 24 de octubre (Aranzadi 2005/264) [FJ 2.a)]; STC 4/2006, de 16 de enero (Aranzadi 2006, 4) (FJ 3); TEDH 1994, 5) y R. Torija c. España (TEDH 1994/4), de 9 de diciembre de 1994; STC 85/2000, de 27 de marzo (Aranzadi 2000/85); STC 1/2001, de 15 de enero (Aranzadi 2001/1); STC 5/2001, de 15 de enero (Aranzadi 2001/5); STC 148/2003, de 14 de julio (Aranzadi 2003/148) y STC 8/2004, de 9 de febrero (Aranzadi 2004/8). Sobre los requisitos para que se de cumplimiento a la incongruencia omisiva: STC 85/2000, de 27 de marzo (Aranzadi 2000/85) (FJ 3); STC 8/2004, de 9 de febrero (Aranzadi 2004/8) (FJ 4); STC 246/2004, de 20 de diciembre (Aranzadi 2004/246) (FJ 7); STC 52/2005, de 14 de marzo (Aranzadi 2005/52) [FJ 2.a)]; STC 4/2006, de 16 de enero (Aranzadi 2006/4) STC 35/2002, de 11 de febrero (Aranzadi 2002/35) (FJ 2), y STC 4/2006, de 16 de enero (Aranzadi 2006/4) (FJ 3).

Tribunal Constitucional. Derecho a la tutela judicial efectiva. Interés legítimo de asociaciones empresariales para recurrir en vía contencioso-administrativa

SUPUESTO DE HECHO

Un comité de huelga envió una comunicación a las empresas integrantes de la asociación de empresarios de transporte de viajeros de la provincia en la que se anunciaba la convocatoria de una huelga. La Delegación Provincial de Cádiz de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía convocó a las partes afectadas con el objeto de fijar los servicios mínimos. Ante la falta de acuerdo, las consejerías competentes dictaron una orden por la que se garantizaba el funcionamiento del servicio público prestado, con el establecimiento de servicios mínimos.

Dos organizaciones empresariales del sector (asociación de empresarios de transporte de viajeros de la provincia y la federación andaluza empresarial de transporte en autobús) interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra dicha orden, basándose fundamentalmente en el derecho de los usuarios. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía inadmitió el recurso, por falta de legitimación activa del recurrente.

Contra dicha resolución, los recurrentes formularon un recurso de amparo. Por un lado, alegaba vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), por falta de motivación y por haber efectuado una interpretación demasiado rigurosa del concepto "legitimación", al impedir la obtención de una resolución sobre el fondo y, por otro lado, se invocaba la vulneración del derecho de asociación (artículo 22 de la CE); en tanto que la inadmisión del recurso era contraria al ejercicio de sus funciones representativas y de defensa de los intereses de sus afiliados.

El Tribunal estimó parcialmente la demanda de amparo, declarando la vulneración del derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva, restableciéndolos en su derecho y, a tal fin, declarando la nulidad de la resolución impugnada, retrotrayendo las actuaciones al momento procesal anterior al de dictarse dicha resolución.

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 1162/2003
RESOLUCIÓN: 73/2006
FECHA: 13 de marzo de 2006
PONENTE: Dª. Elisa Pérez Vera
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 22 y 24.1 de la CE
DOCTRINA: Derecho a la tutela judicial efectiva. Interés legítimo de asociaciones empresariales para recurrir en vía contencioso-administrativa (FJ 2, 3, 4, 5 y 6)

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó si la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación de las asociaciones de empresarios había supuesto una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de asociación de los recurrentes. En relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal destacó que se trata de:

"'un derecho fundamental de configuración legal', en la determinación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva activamente el propio legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada orden jurisdiccional, por lo que para entenderlo lesionado habrá que observar si el comportamiento del órgano juzgador respeta lo establecido en las normas procesales." (FJ 2)

En este sentido, el Tribunal señaló que:

"No resulta contrario […] al artículo 24.1 de la CE que las partes planteen la posible concurrencia de una causa de inadmisibilidad y que el órgano judicial se pronuncie en tal sentido en fase de sentencia, ajustándose en el presente caso el órgano judicial estrictamente a lo prevenido en la LJCA de 1998 al respecto." (FJ 2)

En relación con el supuesto enjuiciado, el Tribunal aclaró que:

"la apreciación en sentencia de la causa de inadmisibilidad consistente en la falta de legitimación activa de las recurrentes en la vía contencioso-administrativa no les ha causado ningún tipo de indefensión. Y es que esta parte procesal tuvo conocimiento del contenido del escrito de contestación a la demanda formulado por la Junta de Andalucía, al darle traslado del mismo el órgano judicial." (FJ 2)

A lo anterior, el Tribunal añadió que:

"ha sido el propio comportamiento procesal de la parte recurrente el que ha contribuido de manera decisiva a provocar la situación de ausencia de contradicción (que ahora denuncia en amparo) frente a la alegación de la Administración demandada de la concurrencia de la causa de inadmisibilidad relativa a su falta de legitimación activa; y es que, esta parte procesal no agotó los remedios procesales que el ordenamiento jurídico le ofrecía para poner de manifiesto su oposición a dicho óbice de procedibilidad durante la tramitación de la vía judicial previa." (FJ 2)

Dicho esto, el Tribunal analizó si se había producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por haberse interpretado y aplicado las reglas de la legitimación procesal en el orden contencioso-administrativo de manera "ilógica, irrazonable y rigurosa".

A este respecto, el Tribunal recordó que:

"el derecho a obtener de los jueces y tribunales una resolución razonable, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE. […] el referido derecho se satisface con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, cuando tal decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifica y que resulta aplicada razonablemente por el órgano judicial. Y es que, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, ha establecido el legislador, quien no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarias o caprichosas que impidan la efectividad de la tutela judicial garantizada constitucionalmente." (FJ 3)

Dicho lo anterior, refiriéndose al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal señaló que:

"el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales constitucionalizado en el artículo 24.1 de la CE es el derecho de acceso a la jurisdicción […], con respecto al cual el principio *pro actione* actúa con toda su intensidad, por lo cual las decisiones de inadmisión sólo serán conformes con el artículo 24.1 de la CE cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada." (FJ 3)

Dicho esto, el Tribunal afirmó que:

"la interpretación y aplicación por los órganos judiciales de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas en un proceso judicial constituye una cuestión de legalidad ordinaria que, no obstante, puede adquirir una dimensión constitucional, cuando nos encontramos ante el derecho de acceso a la jurisdicción, en aquellos supuestos en los que la decisión judicial de inadmisión del recurso se base en una interpretación de dichas causas de inadmisión que esté incursa en arbitrariedad, en irrazonabilidad manifiesta o en error patente, o sea rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican. En este tipo de supuestos corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado. Y ello […] para comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda." (FJ 3)

Volviendo al caso planteado, el Tribunal advirtió que:

"el interés legítimo en lo contencioso-administrativo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados) de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético)." (FJ 4)

Dicho lo anterior, el Tribunal señaló que:

"Esta doctrina ha sido precisada, en relación con la legitimación activa de las asociaciones en el orden contencioso-administrativo, en distintos pronunciamientos de este Tribunal […], habiéndose exigido para apreciar la existencia de un interés legítimo de este tipo de personas jurídicas para impugnar un acto o una disposición administrativa que […] exista un interés profesional o económico que sea predicable de las entidades asociativas recurrentes, de forma tal que 'cuando exista este interés profesional o económico existirá a su vez el vínculo o conexión entre la organización o asociación actora y la pretensión ejercitada, vínculo en el cual, como ya se ha explicado, se encarna el interés legítimo constitucionalmente protegido'." (FJ 4)

Por tanto, según el Tribunal:

"pese a que determinar quién tiene interés legítimo para recurrir en vía contencioso-administrativa es una cuestión de legalidad ordinaria, los órganos jurisdiccionales quedan compelidos a interpretar las normas procesales […] no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio *pro actione,* con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican." (FJ 4)

Aplicando la doctrina indicada al caso enjuiciado, el Tribunal entendió procedente la estimación en parte del recurso de amparo:

"en la medida en que la sentencia impugnada ha incurrido […] en un formalismo y un rigorismo excesivos al interpretar y aplicar las reglas de la legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo […], lo que provoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción." (FJ 5)

En este sentido, el Tribunal destacó que:

"las demandantes en la vía judicial impugnaron la Orden de 27 de junio de 2000, puesto que su mantenimiento tendría un efecto perjudicial sobre las empresas adscritas, de manera mediata o inmediata, […], mientras que, por el contrario, su anulación repercutiría de manera positiva sobre dichas empresas, existiendo, por consiguiente, evidentes vínculos económicos y profesionales de las empresas asociadas, así como de la asociación y la federación, con la pretensión ejercitada en el contencioso-administrativo de anulación de la disposición administrativa, ante lo que consideran una fijación insuficientemente motivada de los servicios mínimos establecidos por la Administración." (FJ 5)

Dicho esto, el Tribunal aclaró que:

"las demandantes impugnaron la disposición administrativa en defensa de los intereses de terceros (los usuarios), que no tienen nada que ver con la asociación (careciendo para ello de legitimación activa), pero la impugnaron también para la defensa de sus intereses y los de sus empresas asociadas, para lo que sí estarían legitimadas." (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal concluyó que:

"la apreciación por la sentencia impugnada en amparo de la concurrencia de la causa de inadmisibilidad alegada por la Administración demandada consistente en la falta de legitimación activa, con la consiguiente decisión de inadmisión del recurso contencioso-administrativo, está incursa, efectivamente, en un rigorismo y un formalismo excesivos, incompatibles con el artículo 24.1 de la CE." (FJ 5)

Finalmente, el Tribunal analizó si se había producido una vulneración del derecho de asociación de los recurrentes.

Al respecto, éste declaró lo siguiente:

"no se ha lesionado el derecho de asociación dado que en el caso enjuiciado la resolución judicial no ha declarado que las asociaciones (y, en concreto, las ahora recurrentes en amparo) carezcan *in abstracto* de legitimación para recurrir cualquier acto o disposición administrativa […], y tampoco ha negado que la asociación y la federación recurrentes representasen a sus asociados, sino que, a pesar de reconocer una eventual legitimación activa de las recurrentes si hubiesen interpuesto efectivamente el recurso en defensa de sus intereses legítimos y en los de sus asociadas, llega a la conclusión, tras un análisis incorrecto de la demanda contencioso-administrativa, que la asociación y la federación demandantes habían promovido su recurso judicial para la defensa de los intereses de terceras personas (los usuarios), que por definición no estaban asociadas, para lo cual carecerían obviamente de toda legitimación." (FJ 6)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó parcialmente la demanda de amparo, en los términos expuestos en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la naturaleza y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, ver las siguientes sentencias: STC 114/1992, de 14 de septiembre (Aranzadi 1992/114) (FJ 3); STC 143/2003, de 14 de julio (Aranzadi 2003/143) (FJ 3); STC 273/2005, de 27 de octubre (Aranzadi 2005/273) (FJ 5), y STC 73/2004, de 22 de abril (Aranzadi 2004/73) (FJ 3).

Sobre la falta de legitimación para interponer un recurso contencioso-administrativo, ver las siguientes sentencias: STC 252/2000, de 30 de octubre (Aranzadi 2000/252) (FJ 3); STC 173/2004, de 18 de octubre (Aranzadi 2004/173) (FJ 3), y STC 252/2000, de 30 de octubre (FJ 5).

A favor del principio *pro actione,* ver las siguientes sentencias: STC 220/2001, de 31 de octubre (Aranzadi 2001/220) (FJ 4), y STC 73/2004, de 22 de abril (Aranzadi 2004/73) (FJ 3).

Tribunal Constitucional. Tutela judicial efectiva. Acceso al proceso. Principio *pro actione*. Inadmisión de un recurso contencioso-administrativo por caducidad de la acción, tras presentación del mismo ante un órgano incompetente

SUPUESTO DE HECHO

La Diputación Foral de Aragón desestimó una reclamación de responsabilidad patrimonial como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo, al colisionar con un jabalí. El reclamante interpuso un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución. El juzgado de lo contencioso-administrativo de Huesca se declaró incompetente, al considerar que, como indicaba la resolución de la Diputación Foral de Aragón, correspondía el conocimiento del recurso a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. El recurrente compareció y se personó ante dicho Tribunal, que desestimó el recurso, por extemporáneo, al haber transcurrido el plazo legal de dos meses fijado en el artículo 46.1 de la LJCA, a contar desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa impugnada.

El recurrente interpuso un recurso de amparo frente a dicha resolución, al considerar vulnerados sus derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva (artículos 14 y 24.1 de la CE, respectivamente), porque el cómputo de los plazos realizado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón para calificar de extemporáneo el recurso contencioso-administrativo le había causado indefensión, y había impedido un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 4772/2003
RESOLUCIÓN: 63/2006
FECHA: 27 de febrero de 2006
PONENTE: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24.1 de la CE, y artículo 7.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA)
DOCTRINA: Tutela judicial efectiva. Acceso al proceso. Principio *pro actione*. Inadmisión de un recurso contencioso-administrativo por caducidad de la acción, tras presentación del mismo ante un órgano incompetente (FJ 3, 4 y 5)

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, por considerar que el demandante había sido privado del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, declarando la nulidad de la resolución impugnada y ordenando que se retrotrajeran las actuaciones.

Fundamentos de derecho-doctrina

El Tribunal centró su argumentación en analizar si se había producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. A tal efecto, estudió si el recurso contencioso-administrativo debía tenerse por interpuesto desde que se presentaba en algún órgano judicial del orden jurisdiccional contencioso-administrativo o, por el contrario, únicamente cuando tuviera entrada en el que resultara ser el competente. Asimismo, estudió si tenía relevancia que el recurrente se hubiera apartado de la indicación contenida en la resolución administrativa impugnada acerca del órgano judicial competente para conocer de un eventual recurso jurisdiccional.

Al respecto, el Tribunal recordó que dicha cuestión había sido resuelta en numerosas ocasiones, en las que se había declarado que:

"el artículo 7.3 de la LJCA dispone que cuando los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo aprecien que no son competentes para conocer de un asunto remitirán las actuaciones al órgano que estimen competente, para que ante él se siga el curso de proceso. Igualmente, […] el referido precepto contempla un instrumento 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 un órgano incompetente hacia el que ostente la competencia, y que 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 […]. Por último, […] el referido artículo 7.3 de la LJCA no recoge 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." (FJ 3)

En virtud de lo indicado, el Tribunal entendió que:

"el criterio que acoge la sentencia impugnada, aplicando el artículo 46 de la LJCA sin ponerlo en conexión con el artículo 7.3 de la misma Ley, además de carecer de soporte legal concreto, conduce irrazonablemente al efecto real de la privación del acceso al proceso." (FJ 3)

Acerca de si tenía alguna relevancia la circunstancia de que el recurrente hubiera hecho caso omiso de lo indicado en la resolución impugnada con respecto a la interposición de recursos, el Tribunal advirtió 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. No cabe, por consiguiente, privar del beneficio que abre el artículo 7.3 de la Ley jurisdiccional al recurrente que, de buena fe, acude a interponer su recurso ante órgano distinto de aquel que se le designó como competente en la resolución frente a la que se alza, por más que dicha designación se demuestre después como acertada." (FJ 4)

A lo anterior, el Tribunal añadió que:

"A los tribunales corresponde extraer las consecuencias debidas de la conducta procesal del recurrente, examinadas todas las circunstancias que concurran en el caso […]. Bien entendido que el órgano judicial que declare la inadmisión no puede dar por supuesta una conducta negligente o fraudulenta del recurrente […] sino que la apreciación de una causa que permita inaplicar el artículo 7.3 de la LJCA exige una fundamentación sólida referida al caso concretamente contemplado." (FJ 4)

Dicho esto, y observando las circunstancias del caso, el Tribunal destacó que:

"la sentencia impugnada se limita a constatar que el recurrente no siguió la indicación que al respecto le hizo la Administración, lo que por sí solo, como hemos señalado, resulta insuficiente para entender que se ha producido una conducta procesal incursa en abuso del derecho o que entrañe fraude de ley o procesal (artículo 11.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial)." (FJ 4)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

"[el] Tribunal Superior de Justicia de Aragón se ha apartado de lo prescrito en el artículo 7.3 de la LJCA, sin que haya apreciado motivadamente una conducta procesal reprochable en el recurrente, tomando como fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo la de la recepción del mismo en la propia Sala, y no la de su previa interposición ante el juzgado de lo contencioso-administrativo. Tal criterio, carente de fundamento legal y contrario al principio *pro actione,* condujo a que el demandante fuera privado de su derecho de acceder al proceso, contenido primario del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE." (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal entendió que el demandante había sido privado del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, estimando la petición de amparo, en los términos indicados en el apartado anterior.

Jurisprudencia en la materia

En un supuesto similar, ver las siguientes sentencias: STC 44/2005, de 28 de febrero (Aranzadi 2005/44); STC 147/2005, de 6 de junio (Aranzadi 2005/147); STC 323/2005, de 12 de diciembre (Aranzadi 2005/323), y STC 78/1991, de 15 de abril (Aranzadi 1991/78).

Tribunal Constitucional. Tutela judicial efectiva. Impugnación jurisdiccional del silencio administrativo negativo

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 824/2003
RESOLUCIÓN: 39/2006
FECHA: 27 de febrero de 2006
PONENTE: D. Pascual Sala Sánchez
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24.1 de la CE, y artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA)
DOCTRINA: Tutela judicial efectiva. Impugnación jurisdiccional del silencio administrativo negativo (FJ 2 y 3)

SUPUESTO DE HECHO

En diciembre de 1994, la empresa adjudicataria de unas obras en una casa-cuartel de la Guardia Civil reclamó a la Dirección General de la Guardia Civil la devolución de las cantidades abonadas al Ayuntamiento de Pamplona en concepto de licencias y tasas por acometidas, en una cuantía de 9.838.251 pesetas. No habiendo obtenido contestación, la empresa reiteró su solicitud en marzo de 1995, febrero y julio de 1996, diciembre de 1998 y junio de 2001. En julio de 2001, la Dirección General de la Guardia Civil contestó a la última petición contestando que ya tenía constancia de la reclamación. Transcurridos cuatro meses sin recibir respuesta a la reclamación económica, en octubre de 2001 el recurrente interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la petición de junio de 2001.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra declaró que el recurso se había interpuesto frente a actos inimpugnables, por tratarse de un acto confirmatorio de acuerdos consentidos inimpugnables conforme al artículo 28 de la LJCA, por no haber sido impugnados en tiempo y forma.

La empresa mencionada formuló un recurso de amparo frente a dicha resolución, al considerar que vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, por cuanto, siendo negativo el silencio administrativo, el mismo sólo podía entenderse existente desde el momento en que se hacía valer a través de la oportuna certificación de acto presunto, regulada en el entonces vigente artículo 44 de la LRJ-PAC. Comoquiera que nunca se solicitó la expedición de dicha certificación, la desestimación presunta de la petición de julio de 1996 nunca desplegó sus efectos, por lo que, según el recurrente, no podía decirse que la misma fuese un acto firme ni que éste se aquietara. El recurrente entendía que la desestimación presunta de la petición originaria no era un acto firme ni consentido, porque "la teoría del acto consentido quiebra si no consta que la resolución fue notificada", ni la desestimación presunta de la petición de 21 de junio de 2001 es confirmación de la anterior, porque "no puede hablarse de acto confirmatorio si la notificación del primero no fue dirigida a los administrados, como es obligatorio".

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, declarando vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en su vertiente de acceso a la jurisdicción, declarando la nulidad de la resolución impugnada y retrotrayendo las actuaciones al momento procesal anterior a que fuera dictada la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Con respecto al caso planteado, el Tribunal recordó su doctrina en torno al problema de la impugnación jurisdiccional del silencio administrativo desestimatorio.

En este sentido, el Tribunal declaró lo siguiente:

"el silencio administrativo es una mera ficción legal para que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial y superar los efectos de la inactividad de la Administración y parte, asimismo, de que no puede calificarse de razonable una interpretación que prime esa inactividad y coloque a la Administración en mejor situación que si hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales […], para continuar entendiendo que, ante una desestimación presunta, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que no le es exigible a la Administración, y concluir, en definitiva, que deducir de este comportamiento pasivo el referido consentimiento con el contenido de un acto administrativo en realidad no producido –recuérdese que el silencio negativo es una mera ficción con la finalidad de abrir la vía jurisdiccional ante el incumplimiento por la Administración de su deber de resolver expresamente– supone una interpretación absolutamente irrazonable, que choca frontalmente con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 de la CE) en su vertiente de acceso a la jurisdicción […]. Y sabido es que, aun cuando el tema de la caducidad de las acciones constituye en principio un problema de legalidad ordinaria que corresponde resolver a los órganos judiciales *ex* artículo 117.3 de la CE, adquiere dimensión constitucional cuando, conforme se sostiene en las sentencias citadas, la decisión judicial supone la inadmisión de una demanda como consecuencia de un error patente, una fundamentación irrazonable o arbitraria y, consecuentemente, el cercenamiento del derecho fundamental a obtener una resolución de fondo suficientemente motivada que deseche cualquier interpretación rigorista y desproporcionada de los requisitos legalmente establecidos para el ejercicio de la acción ante los tribunales." (FJ 2)

De acuerdo con dicha doctrina, el Tribunal entendió que procedía otorgar el amparo solicitado:

"habida cuenta que la interpretación sostenida por la sentencia impugnada ha cerrado, con su declaración de inadmisibilidad, el acceso de la actora al enjuiciamiento jurisdiccional de la inactividad de la Administración en punto a su solicitud de reintegro de determinados pagos […], y todo ello en virtud de una asignación de naturaleza de acto a las desestimaciones por silencio administrativo que, […] resulta insostenible." (FJ 3)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la impugnación jurisdiccional del silencio administrativo desestimatorio, ver las siguientes sentencias: STC 6/1986, de 21 de enero (Aranzadi 1986/6); STC 204/1987, de 21 de diciembre (Aranzadi 1987/204); STC 63/1995, de 3 de abril (Aranzadi 1995/63); STC 188/2003, de 27 de octubre (Aranzadi 2003/188); STC 220/2003, de 15 de diciembre (Aranzadi 2003/220);STC 14/2006, de 16 de enero (Aranzadi 2006/14); STC 180/1991, de 23 de septiembre (Aranzadi 1991/180); STC 294/1994, de 7 de noviembre (Aranzadi 1994/294); STC 3/2001, de 15 de enero (Aranzadi 2001/3), y STC 179/2003, de 13 de octubre (Aranzadi 2003/179).

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Colocación de niños de etnia gitana en escuelas especiales, con el consentimiento de los padres. Discriminación por pertenencia a una minoría racial

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Segunda. D. H. y otros contra la República Checa. Demanda núm. 57325/2000
FECHA: 7 de febrero de 2006
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 14 del CEDH
DOCTRINA: Colocación de niños de etnia gitana en escuelas especiales, con el consentimiento de los padres. Discriminación por pertenencia a una minoría racial (FJ 44, 46, 48, 49, 50 y 51)

SUPUESTO DE HECHO

Varios niños gitanos de la República Checa fueron colocados en escuelas especiales, destinadas a niños que presentan deficiencias intelectuales, por no poder formarse en escuelas primarias "ordinarias". Los padres de los menores habían consentido dicha colocación y algunos de ellos habían solicitado la medida. Tras la recolocación en los centros mencionados, los padres de algunos menores solicitaron la anulación de las resoluciones, alegando que éstas no cumplían con las exigencias de la ley y vulneraban su derecho a la instrucción sin discriminación.

Ante la negativa de los centros docentes de revisar los expedientes, los padres de los menores presentaron un recurso constitucional, alegando no haber sido suficientemente informados de las consecuencias de la colocación. Los demandantes alegaban que el proceso de colocación en escuelas especiales había sido llevado a cabo de acuerdo con una práctica establecida en cuanto a la aplicación de las disposiciones legales pertinentes que, en su opinión, tenía como consecuencia la segregación y discriminación raciales *de facto* que se manifestaban por la existencia de dos sistemas escolares autónomos para los miembros de diferentes grupos raciales, a saber, las escuelas especiales para los romaní y las escuelas primarias "ordinarias" para la población mayoritaria. Dicha diferencia de trato, según los demandantes, no se basaba en ninguna justificación objetiva y razonable, constituía un trato degradante y les privaba del derecho a la instrucción.

El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso, si bien autorizó a las autoridades administrativas competentes a estudiar las propuestas de los demandantes.

Tras ello, los demandantes interpusieron un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando haber sido víctimas de una discriminación en el goce de su derecho a la instrucción debido a su raza, su color, su pertenencia a una minoría nacional y su origen étnico, lo que consideraban que vulneraba el artículo 14 del CEDH en relación con el artículo 2 del Protocolo núm. 1. El artículo 14 del CEDH dispone que:

"El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación."

Por su parte, el artículo 2 del Protocolo núm. 1 establece que:

"A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas."

El TEDH desestimó la demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Con carácter previo, el Tribunal recordó que la jurisprudencia ha venido señalando que la discriminación consiste en "tratar de manera diferente, salvo justificación objetiva y razonable, a personas en situaciones comparables." (FJ 44)

A continuación, el Tribunal señaló que:

"si una política o una medida general tiene efectos perjudiciales desproporcionados en un grupo de personas, no se puede excluir que sean consideradas como discriminatorias, pese al hecho de que no estén dirigidas a este grupo en particular." (FJ 46)

Sin embargo, el Tribunal consideró que, en el caso enjuiciado:

"el Gobierno ha podido no obstante probar que el sistema de las escuelas especiales en la República Checa no trata de admitir únicamente a los niños gitanos y que, en el seno de estas escuelas, se han desplegado múltiples esfuerzos para ayudar a ciertas categorías de alumnos a adquirir conocimientos básicos." (FJ 48)

En este sentido, el Tribunal añadió que:

"la reglamentación relativa a las modalidades de colocación de los niños en escuelas especiales no alude a la pertenencia de los alumnos a una etnia, sino que persigue el fin legítimo de la adaptación del sistema de educación a las necesidades, aptitudes o deficiencias de los niños. Como estas nociones no tienen un carácter jurídico es normal que su detección se confíe a los expertos en psicopedagogía." (FJ 49)

Por su parte, el Tribunal tuvo en cuenta que:

"los padres de los demandantes […] permanecieron pasivos, si bien habían recibido una resolución por escrito y comprensible relativa a la colocación de sus hijos en escuelas especiales y habían expresado a veces el deseo de que éstos fuesen inscritos o permaneciesen en dichas escuelas." (FJ 50)

En cuanto al argumento de los demandantes según el cual el consentimiento de los padres no era "instruido", el Tribunal declaró que:

"correspondía concretamente a los padres, que tienen el deber natural de asegurar la educación de sus hijos, informarse sobre las posibilidades de educación que ofrece el Estado […] o, llegado el caso, impugnar de forma apropiada la resolución relativa a dicha colocación si ha sido adoptada sin su consentimiento." (FJ 51)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

"Así las cosas, reconociendo que las estadísticas revelan cifras inquietantes y que hay que perfeccionar la situación general en la República Checa concerniente a la educación de los niños gitanos, el Tribunal no puede concluir, en las circunstancias de la causa, que las medidas tomadas contra los demandantes fuesen discriminatorias. Si estos últimos pudieron enfrentarse a una falta de información sobre el sistema de educación nacional o a un clima de desconfianza, los elementos

concretos de que dispone el Tribunal en el presente caso no le permiten concluir que la colocación de los demandantes y el mantenimiento de algunos de ellos en escuelas especiales estuviese motivada por prejuicios raciales como ellos pretenden." (FJ 52)

En consecuencia, el Tribunal entendió que no se había probado ninguna violación del artículo 14 del CEDH en relación con el artículo 2 del Protocolo núm. 1, con la opinión concordante del señor Costa y la opinión disidente del señor I. Cabral Barreto.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En materia de discriminación, ver las siguientes sentencias: STEDH Hugo Jordan contra Reino Unido (TEDH 2001/330), núm. 24746/1994, ap. 154).

Sobre la noción de "discriminación", ver las siguientes sentencias: STEDH Willis contra Reino Unido (TEDH 2002/36) núm. 36042/1997, ap. 48, TEDH 2002-IV; STEDH Gaygusuz contra Austria de 16 de septiembre de 1996 (TEDH 1996/40), Repertorio de sentencias y resoluciones 1996-IV, ap. 42).

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Contratos públicos. Adjudicación directa de un contrato de suministro y mantenimiento, alegándose el ejercicio sobre la entidad adjudicataria de un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios, y que esta entidad realiza lo esencial de su actividad con la entidad local que la controlanidades Europeas

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Primera. Cuestión prejudicial.
Asunto C-340/04
FECHA: 11 de mayo de 2006
PONENTE: J. N. Cunha Rodrigues
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro
DOCTRINA: Contratos públicos. Adjudicación directa de un contrato de suministro y mantenimiento, alegándose el ejercicio sobre la entidad adjudicataria de un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios y que esta entidad realiza lo esencial de su actividad con la entidad local que la controla (FJ 31, 33, 38, 40, 41, 47, 52, 53, 55, 57, 6, 62, 65, 67, 70, 71 y 72)

SUPUESTO DE HECHO

Tras suspender el correspondiente procedimiento de licitación pública, el municipio de Busto Arsizio adjudicó directamente a la empresa A un contrato relativo al suministro de combustible y al mantenimiento, adecuación a la normativa y actualización tecnológica de las instalaciones de calefacción de los edificios municipales, al considerar que dicha empresa cumplía los requisitos establecidos por la jurisprudencia comunitaria y nacional para la adjudicación sin licitación de los contratos públicos, esto es, que la entidad local ejerciera sobre la entidad adjudicataria un control análogo al que ejercía sobre sus propios servicios y el de que esta última entidad realizara lo esencial de su actividad con la entidad local que la controlaba. En la exposición de motivos de dicha decisión se afirmaba, por una parte, que la relación de dependencia existente entre A y el municipio resulta del hecho de que este último poseía el 99,98% del capital de A Holding, que a su vez poseía el cien por cien del capital de A. Por otra parte, dicha exposición de motivos indicaba que la mayor parte del volumen de negocios de A correspondía a actividades ejecutadas en virtud de contratos obtenidos directamente del municipio de Busto Arsizio.

Dos empresas interesadas en el procedimiento impugnaron las decisiones de suspensión de licitación y de adjudicación del contrato, al considerar que no concurrían los requisitos necesarios para considerar aplicable la Directiva 93/36. Sostenían que A no estaba controlada por el municipio de Busto Arsizio, ya que este último sólo participaba en el capital de A a través de una sociedad *holding* en la que poseía el 99,98% del capital y A conservaba toda la autonomía propia de una sociedad anónima de Derecho privado. Por otra parte, afirmaban que A no realizaba lo esencial de su actividad para el municipio de Busto Arsizio, ya que únicamente realizaba con dicho municipio un porcentaje de su volumen de negocios muy inferior al ochenta por ciento, porcentaje que procedía tomar en consideración aplicando por analogía el artículo 13 de la Directiva 93/38.

El Tribunal competente acordó la suspensión del procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1) ¿Resulta compatible con la Directiva 93/36 […] la adjudicación directa del contrato relativo al suministro de combustible para las instalaciones de calefacción de edificios que son propiedad del municipio o sobre los que éste tiene competencia, así como a la gestión y mantenimiento de las mismas (siendo predominante el valor del suministro), a una sociedad anónima cuyo capital en la actualidad pertenece en su integridad a otra sociedad anónima, de la cual el municipio adjudicador es, a su vez, socio mayoritario (con el 99,98%), es decir, a una sociedad (A) que no está participada directamente por la entidad pública, sino por otra sociedad (A Holding) cuyo capital posee actualmente la entidad pública en un 99,98%?

"2) ¿Para apreciar si se cumple el requisito de que la empresa a la que se haya adjudicado directamente el contrato de suministro realice lo esencial de su actividad con la entidad pública que la controla, procede aplicar el artículo 13 de la Directiva 93/38 […]? ¿Puede considerarse cumplido dicho requisito en el supuesto de que la referida empresa obtenga la mayor parte de sus ingresos de la entidad pública que la controla o, alternativamente, en el territorio de dicha entidad?"

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Primera cuestión

En relación con la primera cuestión, en primer lugar, el Tribunal se refirió a la normativa aplicable al supuesto estudiado, indicando lo siguiente:

"si un contrato público tiene por objeto, a la vez, productos, según se definen en la Directiva 93/36, y servicios, según se contemplan en 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, se regirá por la Directiva 93/36 cuando el valor de los productos sea superior al de los servicios a que se refiere el contrato […]. Por lo tanto, un contrato como el controvertido en el litigio principal, en el que el valor de los productos supera al de los servicios objeto del mismo, está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/36, como ha señalado por lo demás el órgano jurisdiccional remitente." (FJ 31)

Dicho lo anterior, en relación con la Directiva 93/36, el Tribunal señaló que:

"Conforme al artículo 1, letra a), de dicha Directiva, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan." (FJ 33)

Dicho esto, en relación con el supuesto analizado, el Tribunal señaló que:

"los estatutos de A Holding y de A confieren al consejo de administración de cada una de ellas las más amplias facultades para la gestión ordinaria y extraordinaria de la sociedad. Dichos estatutos no reservan al municipio de Busto Arsizio ninguna facultad de control ni le atribuyen ningún derecho de voto especial para restringir la libertad de acción reconocida a ambos consejos de administración. En esencia, el control que el municipio de Busto Arsizio ejerce sobre estas dos sociedades no va más allá de la capacidad de acción que el Derecho de sociedades reconoce a la mayoría de los socios, lo que limita considerablemente su capacidad para influir en las decisiones de ambas." (FJ 38)

En consecuencia, según el Tribunal:

"De ello se deduce que en tales circunstancias […] el poder adjudicador no ejerce sobre la sociedad adjudicataria del contrato público controvertido un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios." (FJ 40)

Dicho esto, el Tribunal recordó que:

"El artículo 6 de la Directiva 93/36 obliga a los poderes adjudicadores a aplicar el procedimiento abierto o el procedimiento restringido al adjudicar contratos públicos, a menos que el contrato encaje en alguno de los supuestos excepcionales enumerados con carácter exhaustivo en los apartados 2 y 3 de dicho artículo. De la resolución de remisión no se desprende que el contrato controvertido en el litigio principal encaje en alguno de estos supuestos." (FJ 41)

En consecuencia, el Tribunal respondió a la primera cuestión en los siguientes términos:

"la Directiva 93/36 prohíbe la adjudicación directa de un contrato de suministro y de servicios, en el que el valor de los suministros es preponderante, a una sociedad anónima cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercitar autónomamente y cuyo capital, en la situación actual, pertenece en su totalidad a otra sociedad anónima cuyo accionista mayoritario es, a su vez, el poder adjudicador." (FJ 47)

Segunda cuestión

Respondiendo a la primera parte de la segunda cuestión, el Tribunal recordó que la norma aplicable al litigio principal era la Directiva 93/36. En este sentido, en relación con la excepción establecida en el artículo 13 de la Directiva 93/38, el Tribunal advirtió que:

"concierne únicamente a los contratos de servicios, y no a los contratos de suministro." (FJ 52)

Por su parte, el Tribunal señaló que:

"El artículo 13 de la Directiva 93/38 se refiere a entidades que actúan de distinto modo que los poderes adjudicadores contemplados en la Directiva 93/36, y en particular a empresas conjuntas y a empresas que presenten cuentas anuales consolidadas." (FJ 53)

Dicho esto, el Tribunal advirtió que:

"Como las excepciones deben ser objeto de interpretación estricta, de ello se deduce que no procede ampliar el ámbito de aplicación del artículo 13 de la Directiva 93/38 de modo que se aplique igualmente en el ámbito de la Directiva 93/36." (FJ 55)

En consecuencia, el Tribunal respondió a la primera parte de la segunda cuestión en los siguientes términos:

"para apreciar el cumplimiento del requisito de inaplicabilidad de la Directiva 93/36 conforme al cual la empresa a la que se haya adjudicado directamente un contrato de suministro debe realizar lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, no procede aplicar el artículo 13 de la Directiva 93/38." (FJ 57)

En relación con la segunda parte de la segunda cuestión, recordó en primer lugar que:

"El requisito de que la persona de que se trate realice lo esencial de su actividad con el ente o los entes territoriales que la controlan tiene por objeto, en particular, garantizar que la Directiva 93/36 siga siendo aplicable en el caso de que una empresa controlada por uno o varios de estos entes opere en el mercado y pueda competir, por tanto, con otras empresas." (FJ 60)

Por su parte, el Tribunal señaló que era necesario que:

"las prestaciones de dicha empresa estén destinadas únicamente, en lo esencial, a dicho ente territorial. Dentro de estos límites, resulta justificado que las restricciones de la Directiva 93/36 no se apliquen a dicha empresa, puesto que fueron adoptadas con objeto de defender una competencia que, en este supuesto, ya no tiene razón de ser." (FJ 62)

En cuanto al problema de si procedía tomar en consideración únicamente el volumen de negocios realizado con el ente territorial que controlaba la empresa o realizado en el territorio de dicho ente, el Tribunal afirmó que:

"el volumen de negocios determinante es el que la empresa en cuestión realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el ente territorial que la controla, incluido el realizado con los usuarios en ejecución de tales decisiones." (FJ 65)

Al respecto, el Tribunal señaló que:

"Carece de importancia la cuestión de quién remunera a la mencionada empresa, ya sea el ente territorial que la controla, ya los terceros usuarios de los servicios prestados en virtud de concesiones o de otras relaciones jurídicas establecidas por dicho ente territorial. También resulta irrelevante la cuestión de en qué territorio se prestan dichos servicios." (FJ 67)

Dicho esto, entrando en el caso analizado, como quiera que el capital de la empresa adjudicataria pertenecía indirectamente a varios entes territoriales, el Tribunal consideró conveniente analizar si la actividad que debía tomarse en consideración era la que la empresa adjudicataria realizaba con todos los entes territoriales que la controlaban o únicamente la actividad realizada con el ente territorial que actuase en cada caso como poder adjudicador.

Al respecto, el Tribunal recordó que:

"Cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto." (FJ 70)

Por tanto, según el Tribunal:

"la actividad que procede tomar en consideración en el caso de una empresa controlada por varios entes territoriales es la que dicha empresa realiza con este conjunto de entes territoriales." (FJ 71)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal respondió a la segunda parte de la segunda cuestión en los siguientes términos:

"para apreciar si una empresa realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, a efectos de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la Directiva 93/36, procede tomar en consideración todas las actividades que dicha empresa realiza en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad." (FJ 72)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la legislación aplicable a los contratos públicos de suministros i servicios, ver la siguiente sentencia: STJCE de 18 de noviembre de 1999 (TJCE 1999/270), Teckal, C-107/98, Rec. pg. I-8121.

Sobre el objetivo de las normas comunitarias en materia de contratos públicos, ver la siguiente sentencia: STJCE de 11 de enero de 2005 (TJCE 2005/1), Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. pg. I-1.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Evaluación de proyectos públicos y privados. Evaluación de impacto ambiental del proyecto de construcción de un centro de ocio de grandes dimensiones

SUPUESTO DE HECHO

La Comisión de las Comunidades Europeas interpuso un recurso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas solicitando que éste declarara que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 85/337, en su versión modificada por la Directiva 97/11, así como de la Directiva 97/11. El Tribunal declaró que el Estado miembro había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 85/337, en su versión modificada por la Directiva 97/11, al no haber adaptado el Derecho español de forma completa los artículos 3 y 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada; al no haber adaptado el Derecho español de manera correcta el punto 10, letra b), del anexo II de la Directiva 85/337 modificada, en relación con los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de dicha Directiva; al no haber cumplido el régimen transitorio establecido por el artículo 3 de la Directiva 97/11, y al no haber sometido al procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un centro de ocio, y, consiguientemente, al no haber aplicado lo dispuesto en los artículos 2, apartado 1, 3, 4, apartado 2, 8 y 9 de la Directiva 85/337 modificada. El Estado demandado fue condenado en costas.

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Tercera. Recurso de incumplimiento. Asunto C-332/04
FECHA: 16 de marzo de 2006
PONENTE: U. Löhmus
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (Directiva 85/337), en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997 (Directiva 97/11), y Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental (Real decreto legislativo 1302/1986)
DOCTRINA: Evaluación de proyectos públicos y privados. Evaluación de impacto ambiental del proyecto de construcción de un centro de ocio de grandes dimensiones (FJ 37, 38, 49, 55, 56, 59, 65, 67, 76, 77, 78 y 87)

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Adaptación incompleta del Derecho español al artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada

La Comisión alegaba que el Real decreto legislativo 1302/1986 modificado no incorporaba parte del artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada, relativo al contenido de la evaluación de impacto ambiental, comprendiendo una descripción de los efectos directos e indirectos de un proyecto sobre los factores enumerados en los tres primeros guiones de ese artículo y la interacción entre ellos, al no mencionar la interacción entre los factores enumerados en los guiones primero a tercero de dicho artículo.

Sobre dicha cuestión, el Tribunal consideró que:

"las disposiciones de Derecho nacional invocadas por el Gobierno español no garantizan que la autoridad administrativa competente efectúe la evaluación del impacto de un proyecto sobre la interacción entre los factores ambientales enumerados en el artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada." (FJ 37)

Al respecto, el Tribunal indicó que:

"aun suponiendo que exista una práctica administrativa de evaluación de tal interacción, ello tampoco permite considerar que se haya adaptado correctamente el Derecho interno al artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada. En efecto, según jurisprudencia reiterada, la adaptación del ordenamiento jurídico interno a una directiva debe efectuarse mediante disposiciones que puedan crear una situación suficientemente precisa, clara y transparente para permitir que los particulares conozcan sus derechos y obligaciones." (FJ 38)

En consecuencia, el Tribunal consideró fundado el primer motivo formulado.

Omisión de adaptación del Derecho español al artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada

La Comisión invocaba que el Real decreto legislativo 1302/1986 modificado no exigía la publicación de la decisión de conceder o denegar la autorización de la obra de que se tratara, cuando el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada imponía la comunicación pública de tal resolución.

Sobre esta cuestión, el Gobierno español alegaba que el artículo 9 de la Directiva 85/337 modificada debía ser interpretado tomando en consideración el resto de disposiciones, en particular, el artículo 2, apartado 1, de dicha Directiva, a tenor del cual el legislador comunitario diferenciaba claramente entre la "autorización" del proyecto, y la "autorización de su desarrollo", de manera que la primera no podía otorgarse sin que previamente se hubiera sometido el proyecto a la segunda. En este sentido, se alegaba que si la autorización de desarrollo del proyecto, cuya publicidad exige el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada, debía coincidir con la autorización del proyecto por el órgano competente, era ilógico que el artículo 2, apartado 1, de dicha Directiva exigiera que la "autorización» del proyecto fuera precedida de la "autorización de su desarrollo".

El Tribunal no acogió dicha tesis, al considerar que:

"contrariamente a la tesis sostenida por el Gobierno español, la Directiva 85/337 modificada no pretende distinguir entre la autorización del proyecto y la autorización de desarrollo del proyecto. Tanto del tenor de esta Directiva como de su contexto y de los objetivos que persigue resulta que las dos expresiones se refieren al mismo acto administrativo." (FJ 49)

Por su parte, el Tribunal advirtió que:

"la información al público establecida en el artículo 9 de la Directiva 85/337 modificada tiene lugar una vez adoptada la resolución de concesión o de denegación. El objetivo que se persigue por medio de esta información no es solamente informar al público, sino también permitir a las personas que se consideren perjudicadas por el proyecto de que se trate ejercitar su derecho de recurso en los plazos señalados." (FJ 55)

Asimismo, el Tribunal señaló que:

"el hecho de que un Estado miembro publique la declaración de impacto ambiental realizada por el órgano administrativo competente en materia de medio ambiente –publicación que no exige el Derecho comunitario– no sustituye la obligación establecida en el artículo 9 de la Directiva 85/337 modificada de comunicar al público la autorización o la denegación para ejecutar el proyecto, en el sentido del artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva." (FJ 56)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal concluyó que:

"En la medida en que la legislación nacional no exige la publicación de la resolución de concesión o de denegación de la autorización para ejecutar el proyecto, dicha legislación no ha sido adaptada correctamente al artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada." (FJ 59)

Incumplimiento del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 97/11

La Comisión alegaba que las disposiciones de la Directiva 85/337 modificada eran aplicables a todas las solicitudes de autorización presentadas con posterioridad al 14 de marzo de 1999, supuesto que no se preveía en la legislación española, al contener el Real decreto ley 9/2000 una disposición transitoria única según la cual éste no se aplicaba a los proyectos privados que a su entrada en vigor se encontrasen en trámite de autorización administrativa, ni a los proyectos públicos que hubieran sido ya sometidos a información pública ni a los que, no estando obligados a someterse a dicho trámite, hubieran sido ya aprobados. La Ley 6/2001 (que entró en vigor el 10 de mayo de 2001), que derogó ese Real decreto ley, contenía la misma disposición.

Sobre la cuestión planteada, el Tribunal advirtió lo siguiente:

"Por lo que se refiere a la obligación de realizar la evaluación de impacto ambiental, el Tribunal de Justicia ha declarado, en diversas ocasiones, que ésta se aplica a todos los proyectos a los que afecta la Directiva 85/337 inicial, cuyas solicitudes de autorización hayan sido presentadas después de finalizar el plazo de adaptación del Derecho interno. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha resuelto que dicha Directiva no permite a un Estado miembro que haya adaptado su ordenamiento jurídico nacional a esa Directiva con posterioridad a la fecha de expiración del plazo de adaptación, dispensar, mediante una disposición transitoria, de las obligaciones relativas a la evaluación del impacto ambiental exigida por la Directiva a los proyectos cuyo procedimiento de aprobación se había iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley nacional de adaptación del Derecho interno, pero con posterioridad a la fecha límite fijada para esa adaptación." (FJ 65)

Finalmente, el Tribunal indicó que:

"El riesgo de que, según el Gobierno español, sean lesionados los derechos de los particulares que presentaron una solicitud de autorización antes […] de [la] entrada en vigor del Real decreto ley 9/2000, no puede dispensar a este Estado miembro de adoptar, conforme al objetivo de la Directiva 97/11, las medidas útiles para que, por una parte, estén sujetos a una solicitud de autorización los proyectos que requieran una evaluación, y, por otra, a partir del 14 de marzo de 1999, estén sometidas, en principio, a una evaluación sistemática nuevas categorías de proyectos, añadidas al anexo I de la Directiva 85/337 modificada." (FJ 67)

Incorrecta adaptación del Derecho español al punto 10, letra b), del anexo II de la Directiva 85/337 modificada, en relación con los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de dicha Directiva

La Comisión alegaba que comoquiera que los proyectos de urbanizaciones y complejos hoteleros fuera de zonas urbanas y construcciones asociadas, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos estaba prevista en el anexo II del Real decreto legislativo 1302/1986 modificado, tales proyectos de urbanización, cuando se situaban fuera de zonas urbanas, estaban excluidos del procedimiento previsto para los proyectos comprendidos en el anexo II de la Directiva 85/337 modificada.

Al respecto, el Tribunal recordó que en ocasiones ya había advertido que:

"los estados miembros tienen la posibilidad de fijar los criterios y los umbrales que permitan determinar qué proyectos incluidos en el anexo II de la Directiva 85/337 inicial deben ser objeto de evaluación […]. No obstante, al establecer dichos umbrales y criterios, los estados miembros deben tener en cuenta no sólo las dimensiones de los proyectos, sino también su naturaleza y su localización." (FJ 76)

A continuación, el Tribunal señaló que:

"al limitar la evaluación de impacto ambiental de los proyectos de urbanización sólo a los proyectos que se sitúan en suelo no urbano, el Gobierno español se limita a aplicar el criterio de la localización, que no es más que uno de los tres criterios mencionados en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada, sin tener en cuenta los otros dos criterios, a saber, la naturaleza y las dimensiones del proyecto." (FJ 77)

Por tanto, a juicio del Tribunal:

"en la medida en que prevé la evaluación de impacto ambiental únicamente para los proyectos de urbanización fuera de las zonas urbanas, la legislación española aplica de modo incompleto el criterio de la localización." (FJ 78)

En consecuencia, el Tribunal acogió el cuarto motivo formulado.

Omisión de evaluación de impacto ambiental del proyecto de construcción de un centro de ocio en Paterna

En último lugar, la Comisión alegaba que el Gobierno español había aplicado incorrectamente lo dispuesto en los artículos

2, apartado 1, 3, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337 modificada, en relación con el punto 10, letra b), de su anexo II, así como los artículos 8 y 9 de la misma Directiva, dado que no había adoptado ninguna medida destinada a comprobar si el proyecto de construcción de un centro de ocio podría tener repercusiones importantes en el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, dimensiones o localización.

El Tribunal también consideró fundado dicho motivo. Al respecto, el Tribunal tuvo en cuenta que:

"en vista de las dimensiones, naturaleza y localización de este proyecto, no se puede excluir, de entrada, que no pueda tener repercusiones importantes en el medio ambiente."

Por otro lado, el Tribunal advirtió que:

"la legislación española en materia de medio ambiente, aplicada al proyecto de construcción de un centro de ocio en Paterna, no se ajusta a la Directiva 85/337 modificada, en la medida en que no se obliga a las autoridades competentes a determinar si la ejecución de proyectos de urbanización, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos en zonas urbanas, conlleva el riesgo de provocar efectos importantes en el medio ambiente y, de ser así, a someter estos proyectos a una evaluación de impacto ambiental." (FJ 87)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la transposición de las directivas comunitarias, ver las siguientes sentencias: STJCE de 30 de mayo de 1991 (TJCE 1991/202), Comisión/Alemania, C-361/88, Rec. p. I-2567, apartado 24; STJCE de 7 de noviembre de 1996 (TJCE 1996/208), Comisión/Luxemburgo, C-221/94, Rec. p. I-5669, apartado 22, y STJCE de 13 de septiembre de 2001 (TJCE 2001/243), Comisión/España, C-417/99, Rec. p. I-6015, apartado 38).

Sobre el régimen transitorio en materia de evaluación de impacto ambiental, ver las siguientes sentencias: STJCE de 9 de agosto de 1994 (TJCE 1994/142), Bund Naturschutz in Bayern y otros, C-396/92, Rec. p. I-3717, apartado 20; STJCE de 22 de octubre de 1998 (TJCE 1998/246), Comisión/Alemania, C-301/95, Rec. p. I-6135, apartado 29, y STJCE de 21 de enero de 1999 (TJCE 1999/6), Comisión/Portugal, C-150/97, Rec. p. I-259, apartado 23).

Sobre el margen de los estados miembros para fijar los criterios y los umbrales que permitan determinar qué proyectos incluidos en el anexo II de la Directiva 85/337 inicial deben ser objeto de evaluación, ver las siguientes sentencias: STJCE de 24 de octubre de 1996 (TJCE 1996/188), Kraaijeveld y otros, C-72/95, Rec. p. I-5403, apartados 49 a 53); STJCE de 21 de septiembre de 1999 (TJCE 1999/203), Comisión/Irlanda, C-392/96, Rec. p. I-5901, apartados 65 a 67, y de 13 de junio de 2002 (TJCE 2002/194), Comisión/España, C-474/99, Rec. p. I-5293, apartado 31).

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Función pública. Reconocimiento a efectos económicos de los servicios prestados en la función pública de otro Estado miembro

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Segunda. Recurso de incumplimiento. Asunto C-205/04
FECHA: 23 de febrero de 2006
PONENTE: C. W. A. Timmermans
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 39 del Tratado de la CE, y artículo 7 del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (Reglamento 1612/86)
DOCTRINA: Función pública. Reconocimiento a efectos económicos de los servicios prestados en la función pública de otro Estado miembro (FJ 11, 14, 15, 17 y 18)

SUPUESTO DE HECHO

Varios ciudadanos comunitarios, después de haber trabajado durante varios años en el sector público de un Estado miembro distinto del Reino de España, se encontraron con dificultades en el momento de su incorporación a la función pública de este último Estado, poniendo en conocimiento de ello a la Comisión de las Comunidades Europeas, que formuló un recurso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas contra el Reino de España por incumplimiento de las obligaciones que le incumbían en virtud de los artículos 39 de la CE y 7 del Reglamento 1612/68, al no haber adoptado las disposiciones legales que previeran explícitamente en la función pública española el reconocimiento a efectos económicos de los servicios prestados en la función pública de otro Estado miembro.

El Tribunal estimó el recurso, condenando en costas al Estado miembro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con la cuestión planteada, el Tribunal señaló que:

"el Reino de España debe garantizar que se tengan efectivamente en cuenta la antigüedad y experiencia profesional adquiridas por los ciudadanos comunitarios en la función pública de otro Estado miembro y concederles, a este respecto, los mismos derechos y ventajas en materia de clasificación y retribución que los reconocidos a los ciudadanos comunitarios que han adquirido una experiencia similar en la función pública española." (FJ 11)

A continuación, el Tribunal advirtió que:

"en virtud del artículo 39 de la CE, tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia, cuando un organismo público de un Estado miembro se propone, con ocasión de la contratación de personal para cubrir puestos que no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del apartado 4 del citado artículo, tomar en consideración las actividades profesionales anteriores ejercidas por los candidatos en una administración pública, dicho organismo no puede efectuar distinciones, respecto a los nacionales comunitarios, en función de que tales actividades hayan sido ejercidas en el Estado miembro al que pertenece dicho organismo o en otro Estado miembro." (FJ 14)

En este sentido, el Tribunal se refirió al artículo 7 del Reglamento 1612/68, señalando al respecto que:

"este artículo no constituye sino la expresión particular del principio de no-discriminación, consagrado en el artículo 39 de la CE, apartado 2, en el ámbito específico de las condiciones de empleo y de trabajo, y que, por consiguiente, ha de ser interpretado del mismo modo que este último artículo."

En virtud de dichas disposiciones, el Tribunal consideró que:

"es preciso declarar fundado el recurso interpuesto por la Comisión." (FJ 15)

Dicho lo anterior, acerca de los retrasos producidos en la adaptación al Derecho interno de las normas de Derecho comunitario, el Tribunal advirtió que:

"un Estado miembro no puede alegar ni la complejidad de las reformas que hayan de llevarse a cabo, ni disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno, para justificar el incumplimiento de las referidas obligaciones." (FJ 17)

Por su parte, respondiendo al argumento del Gobierno español según el cual el retraso producido en el caso planteado no ocasionaba perjuicio alguno porque la Ley era objeto de interpretación amplia, el Tribunal indicó que:

"la incompatibilidad de una legislación nacional con las disposiciones del Derecho comunitario, aunque sean directamente aplicables, sólo puede quedar definitivamente eliminada mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que las disposiciones internas que deban modificarse. Por consiguiente, las resoluciones judiciales o las meras prácticas administrativas –estas últimas por naturaleza modificables a discreción de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada– no pueden ser consideradas como constitutivas de un cumplimiento válido de las obligaciones del Tratado de la CE." (FJ 18)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de los artículos 39 del Tratado de la CE y 7 del Reglamento 1612/68, al no haber adoptado disposiciones legales que establecieran explícitamente en la función pública española el reconocimiento a efectos económicos de los períodos de servicio cubiertos anteriormente por ciudadanos comunitarios en la función pública de otro Estado miembro.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el reconocimiento a efectos económicos de los servicios prestados en la función pública de otro Estado miembro, ver las siguientes sentencias: STJCE de 30 de noviembre de 2000 (TJCE 2000/303), Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98); STJCE de 30 de septiembre de 2003 (TJCE 2003/292), Köbler (C-224/01); STJCE Scholz (TJCE 1994/21), y STJCE de 12 de mayo de 2005 (TJCE 2005/130), Comisión/Italia, C-278/03.

Declarando que un Estado miembro no puede alegar ni la complejidad de las reformas que hayan de llevarse a cabo, ni disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno, para justificar el incumplimiento de las obligaciones de Derecho comunitario, ver las siguientes sentencias: STJCE de 15 de mayo de 2003, Comisión/Francia (TJCE 2003/144) (C-483/01); STJCE Comisión/Francia (TJCE 2003/144) (C-484/01); STJCE de 8 de diciembre de 2005, Comisión/Irlanda (C-38/05).

Sobre libre circulación de trabajadores, ver la siguiente sentencia: STJCE de 26 de octubre de 2006 (TJCE 2006/314).

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Contratos públicos. Causas de exclusión de participación de los contratos públicos de servicios. Previsión por la normativa nacional de la posibilidad de regularizar *a posteriori* la situación en materia fiscal y de seguridad social

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Primera. Cuestión Prejudicial. Asuntos acumulados C-226/04 y C-228/04
FECHA: 9 de febrero de 2006
PONENTE: E. Juhász
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 29.e) y f) de la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios
DOCTRINA: Contratos públicos. Causas de exclusión de participación de los contratos públicos de servicios. Previsión por la normativa nacional de la posibilidad de regularizar *a posteriori* la situación en materia fiscal y de seguridad social (FJ 25, 27, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 38 y 40)

SUPUESTO DE HECHO

En diciembre de 2002, el Ministero della Difusa italiano, en concierto con el Ministero dell'Economia e delle Finanze excluyeron a tres empresas del procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios, por considerar que no estaban al corriente en sus obligaciones en materia de pago de las cotizaciones de seguridad social en favor de los trabajadores, así como a Zilch, por considerar que no estaba al corriente en sus obligaciones fiscales.

Las empresas excluidas impugnaron dicha resolución. El órgano jurisdiccional correspondiente planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El órgano jurisdiccional constataba diferencias entre la Directiva 92/50 y la normativa interna, al contemplar la primera la facultad de excluir de la participación en un contrato público a un prestador de servicios "que no haya cumplido" sus obligaciones, la disposición nacional excluye a aquel "que no [esté] al corriente" en sus obligaciones. En este sentido, planteó las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1) ¿Deben interpretarse las citadas disposiciones de la Directiva controvertidas en el sentido de que, cuando el legislador utiliza las expresiones 'no haya cumplido sus obligaciones en lo referente al pago de las cotizaciones a la seguridad social, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido o del país de la entidad adjudicadora' o 'que no haya cumplido sus obligaciones fiscales según las disposiciones legales del país de la entidad adjudicadora', sólo se refiere a la circunstancia –con exclusión de cualquier otra hipótesis– en la que esa empresa –en la fecha en que termina el plazo de presentación de las solicitudes de participación en una licitación pública (o, en cualquier caso, anteriormente a la adjudicación del contrato […])– haya cumplido dichas obligaciones, habiendo efectuado el pago correspondiente íntegra y puntualmente?

"2) En consecuencia, la norma nacional italiana mediante la que se adapta el ordenamiento jurídico interno a dichas disposiciones [a saber, el artículo 12, letras d) y e), del Decreto legislativo núm. 157, de 17 de marzo de 1995] –en la medida en que, a diferencia de la disposición comunitaria citada, permite la exclusión de las licitaciones públicas de las empresas que 'no estén al corriente en las obligaciones relativas al pago de las cotizaciones de seguridad social a favor de los trabajadores, en virtud de la legislación italiana o de la legislación del Estado en el que estén establecidos' y que 'no estén al corriente en las obligaciones fiscales, en virtud de la legislación italiana o de la del Estado en el que estén establecidos'–, ¿debe interpretarse únicamente en relación con el incumplimiento –verificable en la fecha antes indicada (término del plazo de presentación de las

solicitudes de participación; o el momento inmediatamente anterior a la adjudicación, incluso provisional, del contrato)– de tales obligaciones, excluyendo toda posibilidad de 'regularización' ulterior?

"3) ¿O bien, por el contrario (en el supuesto de que, a la luz de lo que se ha expuesto en el punto 2 anterior, debiera considerarse que la disposición nacional se aparta de la razón y del objetivo de la disposición comunitaria), puede estimarse que, a la luz de las obligaciones que le incumben en relación con la adaptación del ordenamiento jurídico interno a las normas comunitarias contenidas en la Directiva (LCEur 1992, 2431) de que se trata, el legislador nacional está autorizado a prever hipótesis en las que puede admitirse la participación en contratos públicos de empresas que, aunque no estén 'al corriente' en la fecha en que termina el plazo para la participación en tales licitaciones, demuestren que pueden regularizar su situación (y que han llevado a cabo actuaciones positivas a tal fin) antes de la adjudicación?

"4) Y, por último, en el supuesto de que la interpretación recogida en el punto 3 debiera considerarse posible –y que, en consecuencia, se considerara posible el establecimiento de disposiciones más flexibles frente a la acepción más rigurosa de la expresión utilizada por el legislador comunitario, a saber, 'cumplir sus obligaciones'–, ¿es esa disposición contraria a los principios fundamentales de carácter comunitario, como la igualdad de trato para todos los ciudadanos de la Unión o –por lo que respecta únicamente a los contratos públicos– la garantía de la *par conditio* a favor de todas las empresas que soliciten participar en la licitación?"

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Con carácter previo a la respuesta a las distintas cuestiones planteadas, el Tribunal recordó que:

"el objeto de las directivas comunitarias relativas a los contratos públicos es la coordinación de los procedimientos nacionales en la materia." (FJ 20)

Y advirtió que:

"En este contexto de coordinación, el artículo 29 de la Directiva prevé siete causas de exclusión de la participación de los candidatos a un contrato público, que se refieren a la honestidad profesional, a la solvencia o a la fiabilidad de éstos. Dicha disposición deja la aplicación de todos estos casos de exclusión a la apreciación de los estados miembros, como muestra la expresión 'podrá ser excluido de la participación en un contrato […]', que figura al principio de dicha disposición, y, en las letras e) y f), se remite expresamente a las disposiciones legales nacionales." (FJ 21)

Dicho esto, el Tribunal aclaró que:

"el artículo 29 de la Directiva no contempla en la materia una aplicación uniforme de las causas de exclusión que en ella se mencionan a escala comunitaria, en la medida en que los estados miembros están facultados para no aplicar en absoluto dichas causas de exclusión, optando por la participación más amplia posible en los procedimientos de formalización de contratos públicos, o bien para integrarlas en la normativa nacional con un grado de rigor que podría variar según el caso, en función de consideraciones de carácter jurídico, económico o social que prevalezcan en el plano nacional. Al respecto, los estados miembros pueden moderar o hacer más flexibles los requisitos establecidos en el artículo 29 de la Directiva."

Primera cuestión

Acerca de si el artículo 29, párrafo primero, letras e) y f), de la Directiva 92/50 debía interpretarse en el sentido de que se oponía a una disposición nacional que se refiriera a la situación del prestador de servicios que 'no está al corriente' en sus obligaciones sociales o fiscales, el Tribunal advirtió que:

"Esta disposición no contiene ninguna definición del concepto 'no haber cumplido sus obligaciones'. […], los autores de la Directiva no pretendieron dar a este concepto una calificación comunitaria autónoma, sino que, a tal fin, se remitieron a las normas nacionales. Por lo tanto, corresponde a éstas precisar el contenido y el alcance de las obligaciones de que se trata, así como los requisitos para su cumplimiento." (FJ 25)

Dicho esto y, comoquiera que el órgano jurisdiccional remitente se preguntaba si mediante la utilización de la expresión "que no estén al corriente en las obligaciones […]", dicha disposición era más permisiva y daba una mayor libertad a las autoridades nacionales en relación con la redacción utilizada en el artículo 29, párrafo primero, letras e) y f), de la Directiva, el Tribunal declaró que:

"las expresiones 'no haber cumplido' sus obligaciones o 'no estar al corriente en sus obligaciones' se utilizan indistintamente en las diferentes directivas comunitarias en materia de contratación pública." (FJ 27)

Segunda cuestión

Con respecto a la cuestión de si, para cumplir sus obligaciones en materia de cotizaciones de seguridad social y fiscales, 'en la fecha en que termina el plazo para la presentación de la solicitud de participación en una licitación o, en todo caso, con anterioridad a la adjudicación del contrato', el prestador de servicios debía haber efectuado el pago correspondiente 'íntegramente y sin demora', el Tribunal recordó nuevamente que:

"el artículo 29, párrafo primero, letras e) y f), de la Directiva se remite a las disposiciones legales de los estados miembros con el fin de establecer el contenido del concepto 'haber cumplido sus obligaciones' y que el legislador comunitario no quiso uniformizar la aplicación de este artículo a escala comunitaria, por lo que es lógico considerar que se produce la misma remisión a las disposiciones nacionales en cuanto a la fijación de dicho momento." (FJ 30)

En cuanto al plazo que la normativa interna podía fijar, el Tribunal señaló que:

"puede ser, en particular, la fecha límite para la presentación de la solicitud de participación en la licitación, la fecha de envío de la convocatoria para la presentación de ofertas, la fecha límite de la presentación de las ofertas de los candidatos, la fecha de apreciación de las ofertas por la entidad adjudicadora o, incluso, el momento que precede inmediatamente a la adjudicación del contrato público." (FJ 31)

En cualquier caso, el Tribunal aclaró que:

"los principios de transparencia y de igualdad de trato que rigen todos los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, según los cuales deben definirse claramente por anticipado todos los requisitos de fondo y de forma relativos a la participación en la licitación, exigen que ese plazo se determine con una exactitud absoluta y que sea hecho público, a fin de que los interesados puedan conocer exactamente los imperativos del procedimiento y tener la seguridad de que los mismos imperativos se aplican a todos los participantes. Este plazo puede fijarlo la normativa nacional o bien ésta puede atribuir tal responsabilidad a las entidades adjudicadoras." (FJ 32)

A la vista de lo expuesto, el Tribunal consideró que:

"ha cumplido sus obligaciones el candidato que, en el plazo a que se refiere el apartado 31 anterior, haya realizado la totalidad de los pagos relativos a sus deudas en materia de seguridad social y tributarias, sin perjuicio de los casos de regularización posterior y de interposición de un recurso administrativo o judicial." (FJ 33)

Tercera cuestión

En cuanto a si podían considerarse compatibles con el artículo 29, párrafo primero, letras e) y f), de la Directiva una normativa o

una práctica administrativa nacionales que reconocieran a los prestadores de servicios, para su admisión en un procedimiento de licitación, la posibilidad de regularizar *a posteriori* su situación en materia fiscal y de seguridad social, en virtud de medidas de clemencia o de amnistía fiscal adoptadas por el Estado miembro de que se trate o en virtud de un acuerdo administrativo en el que se estipule un aplazamiento o a una reducción de las deudas, el Tribunal señaló que:

"el Derecho nacional establece el importe y el vencimiento de las obligaciones en materia fiscal y de seguridad social."

Y que:

"corresponde igualmente al Derecho nacional determinar el contenido y el alcance del concepto de 'haber cumplido sus obligaciones'." (FJ 34)

A la vista de ello, el Tribunal declaró que:

"una normativa o una práctica administrativa nacionales según las cuales, en caso de medidas de clemencia o de amnistía fiscal, así como a raíz de un acuerdo administrativo, se considere que los candidatos afectados están al corriente en sus obligaciones para ser admitidos en una licitación, no es incompatible con el artículo 29, párrafo primero, letras e) y f), de la Directiva, siempre que, dentro del plazo a que se refiere el apartado 31 de la presente sentencia, puedan probar que han sido objeto de medidas de clemencia o de amnistía fiscal o de un acuerdo administrativo relativo a sus deudas." (FJ 36)

Cuarta cuestión

Por último, el Tribunal analizó los efectos que debían atribuirse a la interposición por un candidato de un recurso administrativo o judicial contra las apreciaciones de las autoridades competentes en materia fiscal o de seguridad social, a fin de considerar que ese candidato está al corriente en sus obligaciones con miras a su admisión en un procedimiento de licitación. Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"Debe considerarse que la remisión al Derecho nacional que hace el artículo 29, párrafo primero, letras e) y f), de la Directiva es asimismo de aplicación por lo que respecta a esta cuestión. No obstante, los efectos de la interposición de un recurso administrativo o judicial se hallan íntimamente relacionados con el ejercicio y la protección de los derechos fundamentales sobre la tutela judicial, cuya observancia garantiza asimismo el ordenamiento jurídico comunitario. Una normativa nacional que ignorara totalmente los efectos de la interposición de un recurso administrativo o judicial sobre la posibilidad de participar en un procedimiento de formalización de un contrato público podría violar los derechos fundamentales de los interesados." (FJ 38)

A la vista de lo expuesto, el Tribunal respondió a las cuestiones planteadas como sigue:

"el artículo 29, párrafo primero, letras e) y f), de la Directiva no se opone a una normativa o a una práctica administrativa nacionales, según las cuales un prestador de servicio que, en la fecha en que termina el plazo para la presentación de la solicitud de participación en la licitación, no haya cumplido sus obligaciones en materia de cotizaciones de seguridad social y fiscales realizando íntegramente el pago correspondiente, puede regularizar su situación con posterioridad

"–en virtud de medidas de amnistía fiscal o de clemencia adoptadas por el Estado, o

"–en virtud de un acuerdo administrativo relativo a un aplazamiento o a una reducción de las deudas, o

"–mediante la interposición de un recurso administrativo o judicial, siempre que, dentro del plazo establecido por la normativa o la práctica administrativa nacionales, demuestre que ha obtenido el beneficio de tales medidas o de tal acuerdo, o que ha interpuesto dicho recurso dentro del plazo indicado." (FJ 40)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los principios de transparencia e igualdad de trato, ver las siguientes sentencias: STJCE de 12 de diciembre de 2002 (TJCE 2002/369), Universale-Bau y otros (C-470/99), y STJCE de 16 de octubre de 2003 (TJCE 2003/322), Traunfellner (C-421/01).

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

Tribunal Supremo. Autorización para la demolición de una finca urbana. Falta de acreditación de la escasez de viviendas. Motivación de las sentencias

SUPUESTO DE HECHO

El delegado del Gobierno de Castilla-La Mancha desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la misma Delegación de Gobierno por la que se denegaba una solicitud de autorización para la demolición y reconstrucción, a los efectos de la causa segunda de excepción a la prórroga de los contratos de arrendamiento, en los términos establecidos en los artículos 62, 78 y 79 de la Ley de arrendamientos urbanos, de un inmueble. El interesado interpuso un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Interpuesto un recurso de casación frente a dicha resolución, éste fue desestimado por el Tribunal Supremo, que impuso las costas a la parte recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el recurrente invocaba la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto la infracción de los artículos 5.4 de la LOPJ, 120.3 y 24 de la CE y 218.2 de la LECiv,

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 1321/2003
FECHA: 20 de abril de 2006
PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Administración General del Estado
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 24 y 120.3 de la CE; artículo 5.4 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), y artículo 218.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LECiv)
DOCTRINA: Autorización para la demolición de una finca urbana. Falta de acreditación de la escasez de viviendas. Motivación de las sentencias (FJ 4, 5, 6 y 7

por carecer la sentencia de toda motivación. Sobre este punto, el recurrente alegaba que la sentencia de instancia no establecía cuál era el razonamiento seguido para llegar a la conclusión que expresa de que la situación en Albacete era de normalidad en relación con la necesidad de viviendas.

Sobre este punto, el Tribunal se remitió a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con la motivación de las resoluciones judiciales, señalando lo siguiente:

"el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla. En fin, la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, requiriendo por el contrario examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, la resolución judicial impugnada ha cumplido o no este requisito. […] no existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión." (FJ 4)

En virtud de lo indicado, el Tribunal entendió que no se habían vulnerado los preceptos invocados, en tanto que:

"los fundamentos jurídicos segundo y tercero de la sentencia de instancia contienen una ponderada razonabilidad sobre los criterios seguidos por la sala de instancia para rechazar la estimación pretendida. […] analiza el proceso valorativo llevado a cabo por la Delegación del Gobierno para denegar la autorización de derribo y reconstrucción del inmueble de referencia." (FJ 4)

En consecuencia, desestimó el primer motivo de casación.

En segundo lugar, el recurrente consideraba infringido el artículo 79.2 de la LAU, que dispone que:

"los gobernadores civiles, previos los asesoramientos que estimen oportunos, atendiendo a la normalidad o escasez de viviendas que hubiere en cada localidad, a las disponibilidades de mano de obra y de materiales de construcción y especialmente a la existencia o inexistencia de viviendas desalquiladas de renta semejante a las del inmueble que se fuere a derruir, concederán o denegarán sin ulterior recurso la referida autorización. Darán preferencia a las encaminadas a aumentar, en la mínima proporción que se establece, el número de viviendas de renta más económica, y caso de igualdad en la renta, a aquellas edificaciones en que el aumento fuere a ser mayor con prioridad para las que resulten de más amplitud."

En relación con el precepto invocado por el recurrente, el Tribunal hizo referencia a la línea jurisprudencial que señala lo siguiente:

"la autorización del gobernador civil para demoler edificios arrendados a los efectos de la excepción a la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento establecida en el artículo 62.2 de la Ley de arrendamientos urbanos, texto refundido aprobado por el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, está supeditada a la concurrencia de determinados motivos para que en aras del interés público en que se fundamenta dicha causa prevalezca la decisión de la propiedad de derribar y reedificar sobre la de los arrendatarios de mantenerse en el uso pacífico de la cosa arrendada, motivos que son distintos en las dos modalidades en que se contempla el supuesto, la general de los artículos 78 y 79 de dicha Ley y la particular del 81.5 de la misma, en la primera de las cuales no son otros que los derivados de la normalidad o escasez de viviendas que hubiere en la localidad correspondiente, las disponibilidades de mano de obra y de materiales de construcción y, especialmente, la existencia o inexistencia de viviendas desalquiladas de renta semejante a las del inmueble que se fuere a derruir, mas sin que como se desprende de la jurisprudencia sentada por este tribunal sea necesaria la concurrencia total de tales circunstancias ni unas tengan prevalencia sobre otras, entre ellas la relativa a la existencia o inexistencia de viviendas desalquiladas de renta semejante, ya que ésta, en edificios antiguos, haría ilusoria la demolición y reedificación, puesto que lo decisivo para la autorización gubernativa viene marcado por el citado artículo 78, es decir, un aumento de viviendas y un compromiso de reedificar, con lo que el interés público que justifica la excepción a la prórroga queda satisfecho, sin que los intereses de los arrendatarios queden sin protección; mientras que en la segunda modalidad, además de los anteriores, se exige que se trate de edificaciones destinadas a viviendas o locales de negocio que cuenten con más de cien años de antigüedad y que su grado de vetustez, deficiente estado de edificación y evidentes razones higiénicas y sociales hagan necesaria su renovación, modalidad ésta, que la hace diferente a la general, en que la protección que se dispensa a los arrendatarios es inferior." (FJ 5)

El Tribunal consideró que dicha doctrina no se infringía en el supuesto de autos, por lo que también desestimó dicho motivo de casación. A este respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"El debate que se ha producido […] ha girado en torno a la normalidad o escasez de viviendas en la ciudad de Albacete, considerándose que tal circunstancia aparece como especialmente determinante entre las que en el artículo de referencia se contienen. Respecto de tal circunstancia se han producido los debates de las partes con base en los elementos probatorios que ya hemos expuesto, alcanzándose unas determinadas conclusiones que de forma particularizada vamos a examinar en el motivo siguiente, bastando en este momento con señalar que la operación valorativa realizada y las conclusiones alcanzadas no infringen el citado artículo 79.2 ni la jurisprudencia –reiterada– de este Tribunal en relación con el examen de los elementos que en el precepto se mencionan." (FJ 5)

En tercer lugar, el recurrente alegaba la infracción del artículo 319 de la LECiv en relación con el valor probatorio de los documentos públicos. Dicho precepto dispone que:

"harán prueba plena del hecho, acto o estado de la cosa que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella."

Según el recurrente, la valoración realizada por la resolución impugnada del informe de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, con la cualidad de documento público, era arbitraria, pues por su condición de documento público hacía prueba plena de la escasez del número de viviendas en la ciudad de Albacete.

El Tribunal consideró que:

"la interpretación que del mencionado informe realiza la Delegación del Gobierno –y la sala de instancia en su revisión– no puede ser calificado de arbitrario o irrazonable."

En relación con la valoración efectuada por el órgano político-administrativo, el Tribunal declaró lo siguiente:

"lo que el informe dice –y así lo han entendido los órganos administrativo y judicial que han analizado el mismo– es que, en la actualidad, no existe escasez de viviendas en la ciudad de Albacete, pero que, no obstante, tratándose de una ciudad en evidente expansión y crecimiento, no se descarta que, en un futuro, la escasez pueda producirse. Ello no puede considerarse como una afirmación, sino como una proyección de futuro que debe-

mos situar en un ámbito más político o económico que técnico, que es el que también puede deducirse del informe de referencia. En todo caso, y términos estrictamente económicos, la expansión y el crecimiento de las ciudades, entre otras aspectos, puede medirse –justamente– por el incremento de viviendas." (FJ 6)

En consecuencia, el Tribunal consideró que dicho motivo tampoco podía prosperar.

Por último, el recurrente invocaba la vulneración del artículo 217 de la LECiv, que regula la carga de la prueba, considerando que la sentencia de instancia alteraba los principios de la misma, consagrados en el artículo 1214 del CC, hoy derogado por la citada LECiv, que mantiene el mencionado 217.

Sobre este punto, el Tribunal recordó la jurisprudencia, en cuya virtud:

"compete en todo caso a cada parte la carga de probar sus pretensiones. En efecto, la carga de la prueba es un concepto no demasiado perfilado en el proceso contencioso, que se limita a ser tributario de la doctrina civilista nacida de los artículos 1214 y siguientes del Código civil. La importancia del expediente administrativo en nuestra jurisdicción explica la falta de relevancia de este tema. La carga de la prueba, paradójicamente tiene interés sólo cuando hay falta o ausencia de prueba de hechos relevantes. En ese caso, el Tribunal debe hacer la imputación lógica a la parte que quebrantó el *onus probandi*." (FJ 7)

Dicho esto, y entrando en el caso enjuiciado, el Tribunal declaró que: "en la valoración de la sala de instancia […] no apreciamos indefensión, arbitrariedad o utilización de criterios erróneos", desestimando, en consecuencia, dicho motivo.

Al respecto, el Tribunal indicó que:

"la imputación que por la sala de instancia se realiza […] a tal ausencia probatoria, resulta de todo punto correcta." (FJ 7)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso de casación, con imposición de costas al recurrente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la motivación de las resoluciones judiciales, ver las siguientes sentencias: STC 24/1990, de 15 de febrero (Aranzadi 1990/24) (FJ 4); STC 154/1995, de 24 de octubre (Aranzadi 1995/154) (FJ 3); STC 66/1996, de 16 de abril (Aranzadi 1996/66) (FJ 5); STC 115/1996, de 25 de junio (Aranzadi 1996/115) (FJ 2); STC 116/1998, de 2 de junio (Aranzadi 1998/116) (FJ 3); STC 165/1999, de 27 de septiembre (Aranzadi 1999/165) (FJ 3); STC 187/2000, de 10 de julio (Aranzadi 2000/187); STC 184/1998, de 28 de septiembre (Aranzadi 1998/184) (FJ 2); STC 187/1998, de 28 de septiembre (Aranzadi 1998/187) (FJ 9); STC 215/1998, de 11 de noviembre (Aranzadi 1998/215) (FJ 3), y STC 206/1999, de 8 de noviembre (Aranzadi 1999/206) (FJ 3).

Sobre la autorización de los gobernadores civiles para demoler edificios arrendados, ver las siguientes sentencias: STS de 19 de enero de 1985 (Aranzadi 1985/446); STS de 26 de febrero de 1985 (Aranzadi 1985/1440); STS de 13 de marzo de 1985 (Aranzadi 1985/1589); STS de 26 de septiembre de 1985; STS de 21 de octubre de 1985; STS de 5 de noviembre de 1985 (Aranzadi 1985/5543); STS de 20 de mayo de 1988; STS de 21 de mayo de 1993 (Aranzadi 1993/3502); STS de 2 de septiembre de 1994 (Aranzadi 1994/7031), y STS de 15 de julio de 1996 (Aranzadi 1996/5943).

Sobre el derribo de fincas, ver la siguiente sentencia: STS de 25 de mayo de 2001 (Aranzadi 2001/3796).

Tribunal Supremo. Reclamación de una indemnización invocando la eficacia *erga omnes* de resolución judicial previa. Eficacia *erga omnes* de resoluciones judiciales reconociendo una situación jurídica individualizada

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa.
FECHA: 11 de abril de 2006
PONENTE: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Administración General del Estado
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 72.3 y 86.2 de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA)
DOCTRINA: Reclamación de una indemnización invocando la eficacia *erga omnes* de resolución judicial previa. Eficacia *erga omnes* de resoluciones judiciales reconociendo una situación jurídica individualizada (FJ 3)

SUPUESTO DE HECHO

La compañía A reclamó al Ministerio de Fomento una indemnización de 1.054.077.893 pesetas, en concepto de responsabilidad patrimonial derivada de la rotura de la presa de Tous, invocando la sentencia de esta sala de 20 de octubre de 1997 y su eficacia *erga omnes* de acuerdo con el artículo 86.2 de la Ley de jurisdicción. Según dicha reclamación, la indemnización resultaba de la diferencia de 393.794.238 pesetas entre la totalidad de los daños sufridos, 2.948.207.499 pesetas y las cantidades percibidas del Consorcio de Compensación de Seguros, 2.136.634.628 pesetas, y de la Administración por aplicación de los reales decretos leyes 4/1993 y 10/1995, 417.778.633, más los intereses legales por importe de 660.2888.655 pesetas. Ante la desestimación presunta, interpuso un recurso contencioso-administrativo. La Audiencia Nacional desestimó el recurso, partiendo del hecho que la sociedad actora no había ejercitado en su día la acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración, ni, por tanto, pretendió la anulación del acto que negaba dicha responsabilidad y la consiguiente consecuencia resarcitoria.

El demandante interpuso un recurso de casación contra dicha sentencia, recurso que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Entre otros motivos, el recurrente alegaba la eficacia *erga omnes* de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1997, que establecía la responsabilidad patrimonial directa de la Administración del Estado, por funcionamiento anormal del servicio público, en el desmoronamiento de la presa de Tous, al considerar que dicha sentencia declaraba con carácter general dicha responsabilidad patrimonial y su pronunciamiento no estaba ligado con las situaciones jurídicas individualizadas de las partes intervinientes en el procedimiento, por lo que entendía que dicha sentencia infringía el artículo 86.2 de la LJCA, en cuanto la eficacia *erga omnes* no estaba limitada a su contenido anulatorio, sino que alcanzaba a quienes se encontraban en la misma situación que los recurrentes, que era el caso de la compañía demandante.

En relación con dicha alegación, el Tribunal precisó que en la sentencia invocada por el recurrente:

"se trataba de resolver las concretas reclamaciones por responsabilidad patrimonial que habían sido formuladas por numerosos pero identificados perjudicados, que habían dado lugar a concretos actos administrativos desestimatorios de las reclamaciones y a los correspondientes recursos contencioso-administrativos que se acumularon y resolvieron por dicha sentencia."

Así, según señaló el Tribunal:

"las órdenes del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo que se anulan […] no tienen un alcance general sino que constituyen las resoluciones administrativas que desestimaron (en reposición) las concretas reclamaciones formuladas por los perjudicados, y las indemnizaciones que se reconocen en concepto de responsabilidad patrimonial se refieren específicamente a los recurrentes." (FJ 3)

Dicho esto, el Tribunal advirtió que:

"la referida sentencia de 20 de octubre de 1997 no sólo respondía a la resolución de las concretas reclamaciones que en concepto de responsabilidad patrimonial habían planteado numerosos, pero concretos, afectados por el desmoronamiento de la presa de Tous, sino que delimita de manera subjetiva el alcance de sus pronunciamientos, identificando las personas físicas y jurídicas con derecho a indemnización.

"En modo alguno se contiene en dicha sentencia la anulación de actos administrativos de alcance general, por el contrario, se trata de anular las desestimaciones de las concretas, por muy numerosas que sean, reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por distintos perjudicados por el desmoronamiento de la presa de Tous, propiciando la respuesta individualizada para cada uno de ellos, de manera que el pronunciamiento efectuado se refiere al reconocimiento de concretas situaciones jurídicas individualizadas […] y no supone la declaración de nulidad de una disposición general o acto administrativo que por su contenido afecte a personas distintas de las reclamantes, que son los casos a los que se refería el artículo 86.2 de la Ley de jurisdicción de 1956." (FJ 3)

Dicho lo anterior, el Tribunal declaró que, de acuerdo con el artículo 72.3:

"la estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes, si bien prevé que puedan extenderse a terceros en los términos previstos en los artículos 110 (supuestos iguales en materia tributaria y de personal al servicio de la Administración pública) y 111 (suspensión de recursos con idéntico objeto), supuestos que no son del caso, además de no resultar aplicable la Ley por razones temporales." (FJ 3)

Finalmente, en el mismo sentido, el Tribunal declaró que:

"según se desprende de la exégesis del […] artículo 86.2, mientras que las sentencias que en estimación de una pretensión de anulación, anulasen una disposición general producen efectos *erga omnes*, quedando la misma sin efectos para todos, las que en estimación de una pretensión de plena jurisdicción anulasen un acto por ser nula la disposición en que se fundaba, sólo lo producen en cuanto a los que hubieran sido partes en el pleito respecto de esa pretensión, sin que supongan en modo alguno un reconocimiento de la situación jurídica de quienes no dedujeron la misma." (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal desestimó dicho motivo de casación, declarando no haber lugar al recurso de casación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Declarando que la eficacia material de las sentencias alcanza, por principio, únicamente a quienes son parte en el proceso, ver las siguientes sentencias: STS de 7 de junio de 2005 (Aranzadi 2005/5244), y STS de 29 de febrero de 1996 (Aranzadi 1996/1824).

Declarando que las sentencias que en estimación de una pretensión de plena jurisdicción anulasen un acto por ser nula la disposición en que se fundaba, sólo producen efectos en cuanto a los que hubieran sido partes en el pleito respecto de esa pretensión, sin que supongan en modo alguno un reconocimiento de la situación jurídica de quienes no dedujeron la misma, ver las siguientes sentencias: STS de 24 de mayo de 2005 (Aranzadi 2005/4989); STS de 21 de enero de 2004 (Aranzadi 2004/3651); STS de 10 de diciembre de 1992 (Aranzadi 1992/9753); STS de 22 de diciembre de 1992 (Aranzadi 1992/9775); STS de 30 de marzo de 1993 (Aranzadi 1993/2525); STS de 26 de abril de 1996 (Aranzadi 1996/5282), y STS de 3 de marzo de 1998 (Aranzadi 1998/1885).

Tribunal Supremo. Solicitud de información de carácter mensual acerca de emisiones de una planta incineradora de residuos sólidos urbanos. Derecho de acceso a la información ambiental

SUPUESTO DE HECHO

Una organización ecologista interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Madrid por la que se le denegaba información con carácter mensual y permanente acerca de las emisiones de una planta incineradora de residuos sólidos urbanos. El Tribunal invocó para justificar su decisión lo dispuesto por la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, y de la Directiva 90/313/CEE, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, y señaló que "el artículo 3 prevé la posibilidad jurídica de denegación de la información cuando (3) esté formulada de tal manera que por la generalidad de la petición no sea posible determinar el objeto de lo solicitado", y en el caso litigioso entendía que era de apreciar dicha generalidad obstativa.

Contra dicha resolución, la organización mencionada interpuso un recurso de casación. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación y desestimó el recurso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con el recurso de casación interpuesto, el Tribunal analizó la norma aplicable al caso, declarando lo siguiente:

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 311/2003
FECHA: 4 de abril de 2006
PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde
DEMANDANTE: Organización ecologista
DEMANDADO: Ayuntamiento de Madrid
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 1, 2, 3.1, 3.3, 3.4 y 6 de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente; Directiva 2003/4/CE, de 28 de enero, relativa al acceso del público a la información medioambiental, y artículos 3.1, 6 y 7 de la Directiva 1990/313/CEE, de 7 de junio, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente
DOCTRINA: Solicitud de información con carácter mensual acerca de emisiones de una planta incineradora de residuos sólidos urbanos. Derecho de acceso a la información ambiental (FJ 4 y 5)

"El artículo 1 de la citada Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, dispuso que 'todas las personas físicas y jurídicas, nacionales de unos de los estados que integran el Espacio Económico Europeo o que tengan su domicilio en uno de ellos, tienen derecho a acceder a la información ambiental que esté en poder de las administraciones públicas competentes, sin obligación de acreditar un interés determinado y con garantía, en todo caso, de confidencialidad sobre su identidad'." (FJ 4)

Por su parte, siguiendo con la normativa interna relativa a la denegación de la información ambiental, el Tribunal recordó que:

"el artículo 3 […] dispone que 'las administraciones públicas podrán denegar una solicitud de acceso a la información sobre medio ambiente cuando afecte a documentos o datos inconclusos, se refieran o comunicaciones o deliberaciones internas de las administraciones públicas, sea manifiestamente abusiva o esté formulada de tal manera que por la generalidad de la petición no sea posible determinar el objeto de lo solicitado'." (FJ 4)

En cuanto a las normas de Derecho internacional, el Tribunal recordó que:

"el BOE núm. 40, de 16 de febrero de 2005, ha publicado el Instrumento de ratificación del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998 (que impone –artículo 9.1– 'la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la Ley' mediante el 'acceso a un procedimiento rápido establecido por la Ley que sea gratuito o poco oneroso […]')." (FJ 4)

Dicho lo anterior, y volviendo al caso estudiado, el Tribunal reiteró su propia jurisprudencia en la materia, declarando lo siguiente:

"aun sin la elaboración de 'planes', 'programas', 'actuaciones' o 'medidas de protección' concretas por parte de la Administración actuante, esto es, que aun sin la existencia de una 'propuesta' –en sentido técnico– por parte de la Administración, sin embargo, con su actuación, la propia Administración había llevado a cabo lo que en la STS se denomina 'proceso de información'. Descrita tal tipo de actuación administrativa la sala señalaba que 'es indudable que ese *proceso de información* llevado a cabo ha de incardinarse en las *actuaciones* ambientales que se refieren en el artículo segundo de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, y cuyo derecho a ser conocido proclama el artículo primero de la Ley citada'. Y, tras ello, llega a la conclusión de que 'es patente, por tanto, que la información solicitada no es un dato o documento inconcluso que permita denegar la información solicitada en mérito de lo dispuesto en el artículo tercero apartado tres de la Ley citada, pues la información rechazada no es la *propuesta* todavía no efectuada sino las actuaciones ya realizadas ciertas y existentes'." (FJ 5)

Finalmente, el Tribunal recordó la doctrina del TJCE, en los siguientes términos:

"el legislador comunitario se abstuvo de dar al concepto de 'información sobre medio ambiente' una definición que pudiera excluir algunas de las actividades que desarrolla la actividad pública, sirviendo el término 'medidas' tan sólo para precisar que entre los actos contemplados por la Directiva deben incluirse todas las formas de ejercicio de la actividad administrativa', añadiéndose que 'para ser una información sobre medio ambiente a efectos de la Directiva', basta que un informe de la Administración 'constituya un acto que pueda afectar o proteger al estado de alguno de los sectores del medio ambiente a los que se refiere la Directiva'. […] dada la citada naturaleza de excepción, procede interpretar de modo estricto dichas causas de denegación, de manera que es preciso considerar que las excepciones enunciadas en los apartados 2 y 3 de dicho artículo 3 son objeto de una enumeración restrictiva y se refieren a determinados casos específicos y claramente definidos." (FJ 5)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal entendió que procedía casar la sentencia impugnada, estimando el recurso de casación.

Sin embargo, el Tribunal desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto. Para resolver sobre este punto, el Tribunal se pronunció acerca del carácter "manifiestamente abusivo" o no de la información solicitada por el recurrente, llegando a la conclusión de que procedía desestimar tal pretensión, al considerar la pretensión abusiva, "pese al carácter restrictivo con que, como ya hemos adelantado, deben ser interpretadas las excepciones previstas al derecho de información establecido en la normativa que nos ocupa" (FJ 5).

En este sentido, el Tribunal declaró que:

"La solución, cuando de peticiones permanentes y de datos de mediación periódica obligatoria se trate, hemos de encontrarla, no a través de la individualizada comunicación de la mencionada información general, contemplada en los artículos 3 y 4 de la Directiva, así como 3, 4 y 5 de la Ley, sino a través de la denominada 'Difusión periódica de información ambiental', que se contempla en los artículos 6 y 7 de la Directiva, así como 6 de la Ley 38/1995."

Y a continuación declaró lo siguiente:

"si bien el derecho a la información puede reconocerse –individualmente– cuando de solicitudes puntuales se trate, tal derecho se transforma en un derecho a la difusión periódica medioambiental cuando el contenido de la información pretendida sean datos de información periódica medioambiental de obligada medición por parte de las administraciones públicas. No deja de ser significativo que la nueva Directiva (pendiente de transposición en nuestro país) señala en el apartado 9 de su preámbulo que 'es necesario asimismo que las autoridades públicas difundan y pongan a disposición del público en general, de la forma mas amplia posible la información medioambiental, especialmente por medio de las tecnologías de la información y de las comunicaciones', añadiendo que 'debe tenerse en cuenta la evolución futura de estas tecnologías en los informes y revisiones de la presente Directiva'. Por su parte, en el apartado 14 se modula dicho derecho a la información medioambiental 'si resulta accesible al público en otra forma o formato o si resulta razonable hacer que sea accesible en otra forma o formato'; y en el 15 se añade que 'los estados miembros deben fijar las modalidades prácticas de puesta a disposición efectiva de la información. Estas modalidades garantizarán un acceso fácil y efectivo a la información y su progresiva puesta a disposición del público mediante redes públicas de telecomunicaciones, incluyendo listas públicamente accesibles de las autoridades públicas y registros o listas de información medioambiental que obre en poder de las autoridades públicas o de otras entidades en su nombre'. En el 16 se hace referencia a que 'la divulgación de la información debe ser la norma general', insistiéndose, en fin, en tales aspectos divulgativos, fundamentalmente a través de las nuevas tecnologías en los siguiente apartados 20 y 21."

En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso de casación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el derecho de acceso a la información ambiental, ver las siguientes sentencias: STS de 28 de noviembre de 2003; STS de 17 de febrero de 2004 (Aranzadi 2004/2226); STJCE de 17 de junio de 1998 (TJCE 1998/144) (Mecklenburg/Kreis Pinnenberg); STJCE de 12 de junio de 2003 (TJCE 2003/172) (Glawischnig), y STJCE 26 de junio de 2003 (TJCE 2003/191) (Comisión contra Francia, en recurso de incumplimiento).

Tribunal Supremo. Acceso libre a las copias de las resoluciones. Derecho de información de los miembros de corporaciones locales. Derecho fundamental a participar en funciones públicas

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 4889/2001
FECHA: 29 de marzo de 2006
PONENTE: Excmo. Sr. Nicolás Maurandi Guillén
DEMANDANTE: Concejales
DEMANDADO: Ayuntamiento de Fuenlabrada
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 23 de la CE; artículo 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL), y artículos 14, 15 y 16 del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales
DOCTRINA: Solicitud de documentación por parte de concejales. Acceso libre a las copias de las resoluciones. Derecho de información de los miembros de corporaciones locales. Derecho fundamental a participar en funciones públicas (FJ 3, 4 y 6)

SUPUESTO DE HECHO

Dos concejales del Ayuntamiento de Fuenlabrada interpusieron un recurso contencioso-administrativo, a través del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, contra el Decreto del alcalde de dicha corporación por el que se declaraba que no procedía expedir copias de los documentos interesados de varias solicitudes. Los recurrentes consideraban que dichos actos eran vulneradores de su derecho fundamental a participar en funciones públicas, reconocido por el artículo 23.1 de la CE. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso. Interpuesto un recurso de casación contra dicha resolución, éste fue estimado por el Tribunal Supremo, que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto, anulando la denegación por éste impugnada y reconociendo el derecho de los concejales a que les fuera entregada copia de la documentación solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó si el derecho fundamental de participación política contemplado por el artículo 23 de la CE confería a los concejales un derecho incondicionado a obtener copias. A este respecto, el Tribunal recordó lo establecido por la jurisprudencia en la materia, advirtiendo en primer lugar que:

"la respuesta que se da a dicha cuestión no es absoluta sino matizada, en los términos que se expresan a continuación." (FJ 3)

Con respecto a la jurisprudencia mencionada, el Tribunal declaró lo siguiente:

"Hay en esa jurisprudencia la declaración principal de que el núcleo esencial del derecho a participar en asuntos públicos supone para los concejales el acceso a la documentación e información existente en el Ayuntamiento, pero no les añade ningún otro complemento que exceda del fin de estar plenamente informados.

"Esa declaración principal se completa con la afirmación adicional de que debe establecerse una distinción entre el derecho de acceso a la información y el derecho a obtener copias; y con la aclaración de que en el artículo 23.2 de la CE se integra el derecho de acceso a la información (reconocido y regulado en el artículo 77 de la LRBRL), pero no el de obtener copias de documentos.

"Y por lo que hace a este diferente derecho a obtener copias, se señala que ha de estarse a lo que establece el artículo 16 del ROFRJ/CL, que no lo reconoce con carácter general sino limitándolo a los casos de acceso libre del artículo 15 de ese mismo Reglamento y a aquéllos en que sea expresamente autorizado por el presidente de la Comisión de Gobierno, y se destaca que entre esos supuestos de acceso libre está la información o documentación que sean de libre acceso para los ciudadanos." (FJ 3)

Siguiendo con dicha jurisprudencia, el Tribunal recordó que ésta:

"ha negado también que del artículo 37 de la Ley 30/1992 se pueda derivar ese derecho a la obtención de copias. Para ello ha invocado lo establecido en su apartado 6.f) (que dice que se regirá por sus disposiciones específicas el acceso a los documentos por parte, entre otros, de los miembros de una corporación local) y, sobre todo, lo dispuesto en sus apartados 7 y 8. Estos últimos apartados no establecen un derecho a la obtención indiscriminada de copias o certificados de documentos por los particulares y sí disponen que el derecho de acceso será ejercido 'debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos […], sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias'." (FJ 3)

Por último, y abundando en la mencionada jurisprudencia, el Tribunal declaró lo siguiente:

"a) El núcleo básico del derecho fundamental de participación política inherente al cargo de concejal se satisface con el derecho a la información y no comprende un derecho a obtener copias de la documentación existente en la corporación local.

"b) Ese derecho a obtener copias deriva de la normativa de régimen local antes mencionada y no es incondicionado, pero su indebida denegación, cuando es procedente, sí incide en el derecho fundamental de participación política (porque pese a que se trata de un derecho no derivado de la Constitución sino de la normativa infraconstitucional, lo cierto es que se reconoce como instrumento para ejercer el cargo de concejal).

"c) Las condiciones para reclamar ese derecho de obtención de copia son diferentes según el título normativo que sea invocado: cuando se ejercite al amparo de los apartados a) y b) del artículo 15 del ROFRJ/CL, habrá de precisarse el asunto en relación al cual se piden las copias; y cuando lo sea según el apartado c) de ese mismo precepto reglamentario, deberá cumplirse con la exigencia de individualización documental que establece los apartados 7 y 8 del artículo 37 de la Ley 30/1992.

"d) Cumpliéndose con esas condiciones, no podrá exigirse al interesado que justifique adicionalmente la utilidad o conveniencia de las copias solicitadas para el desempeño de la función de control político que corresponde al cargo de concejal.

"e) Recae sobre el ayuntamiento destinatario de la solicitud de copia la carga de justificar y motivar su denegación." (FJ 4)

Finalmente, el Tribunal advirtió que:

"el excesivo volumen de la documentación cuya copia sea solicitada y la perturbación que su expedición o entrega pueda causar en el funcionamiento de la corporación local, en razón de los medios de que ésta disponga, será un factor de legítima ponderación en la resolución que haya de dictarse." (FJ 4)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal entendió que:

"no puede acogerse ese incondicionado derecho de copia defendido por dicho recurso, pero sí debe compartirse el reproche dirigido a la sentencia recurrida de que infringe el artículo 23 de la CE y los artículos 15 y 16 del ROFRJ/CL porque no entra en el análisis de la concreta clase de solicitud de copia cuya denegación era objeto de impugnación." (FJ 6)

Lo anterior llevó al Tribunal a enjuiciar el litigio planteado, examinando si las razones de denegación eran justificadas para su total pronunciamiento denegatorio, llegando a la conclusión de que:

"el Decreto municipal impugnado razonó acertadamente en lo que declaró sobre que no procedía la copia solicitada en relación a documentos genéricos, expedientes completos o documentación no suficientemente identificada, pero no fue correcto en la denegación total que decidió. Es cierto que la gran mayoría de la documentación solicitada respondía a aquel razonamiento, pero había dos documentos (los que se indicarán en el fallo de esta sentencia) que sí tenían el nivel de concreción e individualización que daba derecho a la copia solicitada." (FJ 6)

En consecuencia, el Tribunal declaró haber lugar al recurso de casación y estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo, en los términos indicados en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este número, en un supuesto similar, ver la siguiente sentencia: STSJ de las Islas Canarias núm. 44/2006, de 30 de marzo.

Sobre el derecho de los concejales a obtener copias, ver las siguientes sentencias: STS de 14 de marzo de 2000 (Aranzadi 2000/3182); STS de 13 de febrero de 1998 (Aranzadi 1998/2185); STS de 29 de abril de 1998 (Aranzadi 1998/4574); STS de 19 de julio de 1989 (Aranzadi 1989/5650); STS de 5 de mayo de 1995 (Aranzadi 1995/3641), y STS de 21 de abril de 1997 (Aranzadi 1997/3006).

Tribunal Supremo. Petición de un concejal de constitución de un grupo mixto municipal. Derecho fundamental a participar en funciones públicas

SUPUESTO DE HECHO

Un concejal del Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares interpuso un recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, contra las alegaciones presuntas de sus peticiones de constitución de un grupo mixto y de que las dietas de asistencia a las sesiones de los distintos órganos colegiados que percibiera se equiparasen a las del resto de los concejales.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso indicado. Interpuesto un recurso de casación contra dicha resolución, éste fue estimado por el Tribunal Supremo, que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con el reconocimiento del derecho a la formación de un grupo político, el Tribunal aclaró que la respuesta debía ser dada de acuerdo con la normativa aplicable en el momento de presentación de la solicitud al ayuntamiento, esto es, en virtud de lo dispuesto por el artículo 73 de la LRBRL en la redacción que tenía antes de ser modificado por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre.

Dicho esto, el Tribunal advirtió que las cuestiones controvertidas eran las siguientes:

"a) si cualquier concejal que abandona durante su mandato el grupo político al que pertenecía tiene, como derivación o en virtud del derecho fundamental 23.2 de la CE, el derecho a reclamar su integración en el Grupo Mixto, y a su constitución si éste no existiera, y b) si la ausencia de norma organizativa que así lo permita, en el correspondiente ayuntamiento, puede ser obstáculo a esa constitución." (FJ 5)

Sobre esta cuestión, y basándose en lo declarado en otra ocasión al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"1. El derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución es un derecho de configuración legal, por lo que compete a la Ley establecer los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones, derechos y facultades que así quedan integrados en el estatus propio de cada cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, en ejercicio de tal derecho, accionar ante los órganos jurisdiccionales el *ius in officium* que consideren legítimamente constreñido o ignorado por actos del poder público, incluidos los pertenecientes al propio órgano en el que se integran los titulares del cargo. (FJ 5)

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 7326/2001
FECHA: 21 de marzo de 2006
PONENTE: Excmo. Sr. Nicolás Maurandi Guillén
DEMANDANTE: Concejal
DEMANDADO: Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 23.2 de la CE, y artículo 73 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL), en la redacción que tenía antes de ser modificado por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre
DOCTRINA: Petición de un concejal de constitución de un grupo mixto municipal. Derecho fundamental a participar en funciones públicas (FJ 5 y 7)

"Y no puede admitirse la tesis según la cuál el derecho protegido sólo lo es en su 'contenido esencial', pues éste es un límite para el legislador, a tenor del artículo 53.1 de la Constitución, pero, una vez regulado por la Ley el ejercicio del derecho, tanto la Administración como los órganos jurisdiccionales se encuentran vinculados por ésta y no pueden dejar de aplicarla por considerar que el amparo que brinda al derecho fundamental excede del que corresponde a su contenido esencial.

"2. La normativa vigente en la materia está constituida por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y el Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales.

"3. Existe un derecho-deber de los concejales de estar adscritos a uno de los grupos, sea el correspondiente a la organización política del concejal o bien el mixto, por lo que forzoso es concluir que al impedirse a uno de ellos integrarse en el Grupo Mixto, colocándole en la situación de concejal no adscrito a ningún grupo político, se le está impidiendo desarrollar su función representa-

tiva en las mismas condiciones que el resto de los concejales, con vulneración, por tanto, del artículo 23.2 de la Constitución.

"La infracción constitucional no puede resultar excluida por el hecho de haber sido autorizado a asistir a las sesiones de las comisiones informativas, pues el derecho lesionado no es el de participar en todos los órganos complementarios del ayuntamiento, cuya titularidad corresponde a los grupos políticos (artículo 20.3 de la Ley 7/1985), sino el de formar parte de uno de dichos grupos como los demás concejales.

"4. La exigencia de un número mínimo de concejales para la existencia del Grupo Mixto, con el propósito de evitar tentaciones de 'transfuguismo', y basada en las ventajas que podría reportar un grupo mixto constituido por un sólo concejal, no constituye justificación objetiva y razonable para penalizar los cambios de adscripción política, no prohibidos constitucionalmente, mediante la colocación del concejal disidente de su organización política en la situación discriminatoria de no adscrito a ningún grupo. Razonamiento al que cabría añadir que dicha situación sólo se produce cuando el concejal disidente no puede integrarse en otro de los grupos políticos existentes en el ayuntamiento, con lo que la medida es, por su carácter selectivo, doblemente discriminatoria.

"5. Lo que antes se ha razonado no es contradictorio con el criterio que la Sección Cuarta de esta Sala plasmó en la sentencia de 15 de septiembre de 1995, y que se resume en que la constitución del Grupo Mixto en un ayuntamiento requiere la voluntad ordenante de una norma de organización y en que un acto administrativo singular no es el instrumento adecuado para ello." (FJ 5)

Dicho lo anterior, el Tribunal matizó lo siguiente:

"a) La constitución y funcionamiento del Grupo Mixto exige una regulación que efectivamente ha de realizarse mediante un instrumento de naturaleza normativa que, como todos los de esta naturaleza, tendrá un carácter genérico y será susceptible de aplicarse durante el período de su vigencia a un ilimitado número de casos.

"b) La ausencia de esa regulación, por no haber ejercido el ayuntamiento la potestad normativa que tiene reconocida para ello, no puede obstaculizar el derecho que asiste a todo concejal a integrase en el Grupo Mixto.

"c) Consiguientemente, una cosa es ordenar de futuro, en términos genéricos y por tiempo indefinido, las pretensiones de constitución de Grupo Mixto que puedan plantearse, y otra muy diferente es resolver el singular caso de que, ante la ausencia de la norma organizativa que así lo permita, un concejal no pueda hacer efectivo el derecho que le asiste a integrarse en el Grupo Mixto. En este caso, la efectividad que ha de darse al derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución […] debe ser el criterio prevalente, y, frente a él, no puede ser válidamente invocada esa ausencia de norma organizativa a la que se ha hecho referencia." (FJ 5)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal admitió el motivo invocado.

En relación con la petición relativa al reconocimiento del derecho a que el grupo político estuviera presente en todas las comisiones informativas del ayuntamiento, el Tribunal entendió que ésta únicamente podía ser estimada en parte, en la medida que:

"Esa presencia sólo puede ser reconocida en la proporción que corresponda al número de componentes de ese grupo en su comparación con la composición de los restantes grupos políticos municipales." (FJ 7)

A este respecto, el Tribunal recordó que en ocasiones anteriores éste había declarado acerca del nivel o grado de presencia que debían tener los distintos grupos políticos en las comisiones del Parlamento autonómico:

"tras admitirse la proporcionalidad en la representación que les corresponde, se razona que dicha proporcionalidad, enjuiciable en amparo en cuanto constitutiva de discriminación, no puede ser entendida en forma matemática sino que debe venir anudada a una situación notablemente desventajosa y a la ausencia de todo criterio objetivo o razonamiento que la justifique." (FJ 7)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó el recurso de casación y estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto, anulando la denegación de formación de un grupo político que se impugnaba por haber vulnerado el artículo 23.1 de la CE.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la posibilidad de constitución de un grupo mixto, ver la siguiente sentencia: STS de 23 de enero de 1995 (Aranzadi 1995/2107).

Tribunal Supremo. Lectura de la dimisión de concejales ante el Pleno de la corporación. Toma de razón de la renuncia por el Pleno. Derecho fundamental a participar en funciones públicas

SUPUESTO DE HECHO

A la finalización de una sesión plenaria del Ayuntamiento de Bailo, un concejal solicitó la presentación y lectura de un escrito en el que se comunicaba la renuncia definitiva de éste y otros dos concejales del mismo partido. Los concejales afirmaron que la decisión era definitiva, y ante ello el alcalde declaró de urgencia el asunto y lo introdujo en el orden del día. El Pleno del Ayuntamiento acordó tomar razón de la renuncia de los tres concejales mencionados y oficiar a la Junta Electoral Central a efectos de que procediera a la expedición de credencial de concejales electos a favor de los candidatos del partido al que pertenecían los concejales que habían presentado su renuncia, con el fin de dar cobertura, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos, de la correspondiente vacante. El alcalde remitió un oficio a la Junta Electoral Central, acompañado de la certificación del secretario, a fin de que ésta expidiese las correspondientes credenciales.

Los concejales que habían presentado su renuncia interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra dicho

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 231/2004
FECHA: 23 de enero de 2006
PONENTE: Excmo. Sr. Eduardo Calvo Rojas
DEMANDANTE: Concejales
DEMANDADO: Ayuntamiento de Bailo
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 23.2 de la CE, y artículos 9.4 y 83 del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales
DOCTRINA: Lectura de la dimisión de concejales ante el Pleno de la corporación. Toma de razón de la renuncia por el Pleno. Derecho fundamental a participar en funciones públicas (FJ 4 y 5)

acuerdo, por considerar que el acta a que se refería la certificación no reflejaba la realidad de lo sucedido. Según éstos, los miembros de la corporación, después de discutir sobre las cuestiones planteadas en el escrito, abandonaron la sala sin que se les instara a manifestar si la decisión era definitiva, y no se promovió votación sobre dicho punto ni, en consecuencia, se adoptó acuerdo alguno relacionado con la dimisión de los mismos.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con el caso planteado, el Tribunal se refirió en primer lugar al contenido de la certificación municipal, señalando que:

"Los términos en que aparece redactada la certificación no dejan lugar a dudas acerca de dos cuestiones. La primera, que la lectura del escrito se realizó ante el Pleno y habiéndose mostrado conformes con dicha lectura todos los presentes, por lo que bien puede decirse que la lectura del escrito fue aceptada por unanimidad de los miembros de la corporación […]. La segunda, que en el debate que siguió a la lectura del escrito los ahora demandantes mantuvieron y ratificaron su decisión de renunciar al cargo de concejal." (FJ 4)

Dicho esto, el Tribunal advirtió que:

"Dada la fuerza probatoria que nuestra legislación reconoce a un documento público como el que estamos examinando (artículos 317.5 y 319 de la Ley de enjuiciamiento civil, que son aplicables al proceso contencioso-administrativo en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la propia Ley de enjuiciamiento civil y en la disposición final primera de la Ley reguladora de esta jurisdicción), para desvirtuar o rebatir lo consignado de manera clara en esa certificación del secretario carece de toda virtualidad la mera alegación que hacen los demandantes de que las cosas ocurrieron de otro modo, pues su versión de lo sucedido en el Pleno no tiene más respaldo probatorio que la aportación de un documento manuscrito, redactado y firmado por los propios recurrentes, que se presentó con la demanda." (FJ 4)

En este sentido, el Tribunal entendió que:

"en lo que se refiere a la 'lectura' del escrito de dimisión de los tres concejales, carece de significación el debate sobre si su inclusión en el orden del día fue acordada o no por la mayoría reforzada requerida en el artículo 83 del Reglamento de organización y funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales, aprobado por el Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que remite en este punto a lo dispuesto en el artículo 47.3 –ahora se trata del 47.2– de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799, 1372) ('el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones')." (FJ 4)

A continuación, el Tribunal analizó si en la "toma de razón" de la renuncia por el Pleno hubo algún incumplimiento procedimental relacionado con la declaración de urgencia. Sobre esta cuestión, el Tribunal hizo referencia al ámbito material del derecho a participar en funciones públicas (artículo 23.2 de la CE), señalando lo siguiente:

"el ámbito material del derecho fundamental incluido en el artículo 23.2 de la Constitución no se circunscribe al momento inicial del acceso a los cargos públicos, sino que se proyecta durante todo el mandato, pues garantiza que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas, y, en su vertiente negativa, ello implica que la renuncia de los cargos públicos forma parte del conjunto de facultades integradas en dicho artículo 23.2 del texto constitucional. Pues bien, partiendo de esa premisa esas mismas resoluciones indican que para que la renuncia opere como causa legítima de perdida de la condición de concejal es necesario que se haga 'efectiva por escrito ante el Pleno de la corporación' (artículo 9.4 del Reglamento de organización y funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales) lo que 'sitúa el momento de la renuncia en aquél en que la misma se hace efectiva ante el Pleno, esto es, no cuando se presenta en el registro de la corporación municipal, sino precisamente cuando, registrada en el ayuntamiento, dicha renuncia es llevada al Pleno, siendo ahí, en ese instante, cuando se hace efectiva y siendo posible su revocación antes de que el Pleno tome conocimiento de aquélla'." (FJ 5)

Dicho esto, el Tribunal hizo la siguiente aclaración acerca del alcance de la toma en consideración por el Pleno, advirtiendo lo siguiente:

"la corporación no dispone de un margen de apreciación que le permita aceptar o rechazar la dimisión del concejal, según las circunstancias, sino que se limita a quedar enterada de aquella renuncia libremente formulada, bastando con ello para que ésta sea efectiva, de modo que lo que se materializa en la toma de razón no es propiamente un acto de voluntad de la corporación sino un acto de conocimiento.

"Así las cosas, no resulta exigible que la toma de razón de la renuncia se someta específicamente a votación pues su propia naturaleza de mero acto de conocimiento hace que éste se produzca, sin necesidad de votación alguna, por la sola presentación y lectura del escrito de renuncia ante el Pleno de la corporación." (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso interpuesto.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el ámbito material del derecho fundamental a participar en funciones públicas, ver las siguientes sentencias: STC 214/1998, de 11 de noviembre (Aranzadi 1998/214), y STS de 9 de junio de 2000 (Aranzadi 2000/7097).

Tribunal Supremo. Cesión de un local de un ayuntamiento al Estado para la construcción de una casa cuartel de la Guardia Civil. Donación a la Administración sometida a condición resolutoria de no hacer. Reversión

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 6037/2002
FECHA: 21 de febrero de 2006
PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde
DEMANDANTE: Ayuntamiento de Godelleta
DEMANDADO: Administración General del Estado
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 647, 618, 652 y 1299 del Código civil, y artículo 111 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales (RBCL), aprobado por el Real decreto 1372/1986, de 13 de junio (antiguo artículo 97.2 del RBCL, aprobado por el Decreto de 27 de mayo de 1955)
DOCTRINA: Cesión de un local de un ayuntamiento al Estado para la construcción de una casa cuartel de la Guardia Civil. Donación a la Administración sometida a condición resolutoria de no hacer. Reversión (FJ 6 y 9)

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Godelleta interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la resolución del secretario de Estado de Seguridad, presidente del Consejo Rector de la Gerencia de Infraestructuras de la Seguridad del Estado, denegatoria de la solicitud de reversión instada por el Ayuntamiento en relación con una Casa-Cuartel de la Guardia Civil, sita en dicho término municipal. La Audiencia Nacional estimó el recurso. El Abogado del Estado formuló un recurso de casación, basado en los siguientes motivos. En el primero se invocaban los artículos 647, 652 y 1299 del Código civil en relación con el 6.2 del Reglamento de bienes de las entidades locales (RBEL), aprobado por el Decreto de 27 de mayo de 1955, negando la aplicación del plazo de cuatro años para solicitar la reversión prevista en el artículo 1299 del CC, considerando de aplicación el de un año previsto en el artículo 652 del CC, ya que la donación no fue onerosa ni remuneratoria (artículo 622 del CC). En el segundo se invocaban los artículos 647 y 1299 del CC en relación con el 6.2 del RBEL, como motivo subsidiario del anterior, pues aun aceptando el plazo de cuatro años, negando que el *dies a quo* pudiera situarse en 1995 porque tres familias continuaran alojadas en el mismo hasta dicha fecha, y siendo lo decisivo no tal circunstancia sino la desafectación o desvinculación del benemérito instituto porque habían transcurrido, pues, más de cuatro años. Finalmente, en el tercer motivo se consideraba vulnerado el artículo 111 del RBEL, considerando incorrecta la interpretación realizada por la sala, debiendo mantenerse el límite de los treinta años para el ejercicio de la acción de reversión de conformidad con históricas instituciones que se mantienen en el Código civil.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso, condenando en costas a la parte recurrente, hasta un límite, que sólo debía alcanzar, respecto de la minuta de letrado, a la cantidad máxima de 1.500 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Con carácter previo, el Tribunal advirtió que, en contra de lo que sostenía el recurrente, no resultaba de aplicación el Reglamento de bienes de las entidades locales aprobado por el Decreto de 27 de mayo de 1955, sino el aprobado por el Real decreto 1372/1986, de 13 de junio, que expresamente derogó al anterior y era de aplicación a los expedientes, como el de autos, iniciados tras su entrada en vigor.

Dicho lo anterior, y respondiendo a las cuestiones primera y segunda, el Tribunal recordó lo declarado en anteriores ocasiones en relación con la naturaleza jurídica de las cesiones como la del caso enjuiciado.

En este sentido, el Tribunal recordó que éste ha declarado que:

"la donación con carga modal del artículo 647 del Código civil supone una institución en la que el donante ha exigido al donatario la concurrencia de un modo, finalidad, carga, motivo o recomendación cuyo incumplimiento puede dar lugar a la revocación o resolución de un contrato que en principio nació irrevocable por la sola voluntad del donante, pudiendo quedar sin efecto después por la existencia de tales incumplimientos." (FJ 6)

A continuación, el Tribunal señaló que:

"En todos los casos […] se ha admitido el carácter administrativo del contrato y la sujeción de su régimen, a falta de normas específicamente aplicables, al Derecho privado." (FJ 6)

Siguiendo con la jurisprudencia en la materia, el Tribunal recordó que:

"La consecuencia a que llegan estas sentencias es la de que, en el caso de incumplimiento de la finalidad a la que se sujeta la cesión del bien, procede la rescisión del contrato a instancia de la corporación cedente, bien por aplicación del artículo 647 del Código civil […] bien por entender que al producirse la desafectación de los bienes en su día cedidos desapareció la causa que justificó la razón de ser del negocio jurídico y, por ende, su eficacia por desaparición de la causa del negocio, es decir, de la razón justificativa de su eficacia jurídica […] bien por aplicación del artículo 111 (antiguo artículo 97.2) del Reglamento de bienes de las corporaciones locales […]. Aceptada, pues […] la naturaleza de donación modal de este tipo de cesiones habrá de convenirse que el artículo dedicado a las mismas en el Código civil (artículo 647) no regula la acción para solicitar la revocación como consecuencia del incumplimiento del modo o carga impuesto, procediendo, por la analogía que la figura guarda con las acciones rescisorias y resolutorias, que la misma deberá tener –como las mencionadas– cuatro años de duración, de conformidad con lo establecido en el artículo 1299 del mencionado Código civil, contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho determinante del incumplimiento y posibilidad de ejercitar la acción." (FJ 6)

En relación con la prescripción y la caducidad de las acciones, el Tribunal reiteró lo declarado en anteriores ocasiones, señalando que:

"La seguridad jurídica como fundamento determinante de la prescripción y caducidad de las acciones obliga como principio general de derecho a estimar a aquélla aplicable a la acción de revocación por causa de no cumplir el donatario alguna de las condiciones impuestas, artículo 647 del Código civil, entendidas éstas no como un hecho futuro e incierto del que depende el nacimiento de la obligación o su extinción, sino como una carga que implica la incidencia de una causa concurrente con el acto de liberalidad a que se contrae este contrato según lo dispuesto en el artículo 618 de dicho cuerpo legal; prescripción de la acción por transcurso de un plazo no determinado en el Código civil que se había producido cuando se instó la reversión del

terreno, sea aquel el de cuatro años por aplicación analógica del indicado para la rescisión de los contratos, artículo 1299 de dicho Código, o de un año según lo dispuesto en el artículo 652 de este cuerpo legal, […], para la prescripción de la acción revocatoria por causa de ingratitud del donatario; plazo que debe computarse desde que se incumpla la condición." (FJ 6)

Dicho esto, y siguiendo con la prescripción de la acción, el Tribunal advirtió que:

"La acción revocatoria que se examina sólo es intransmisible […] en el supuesto de que el donante del mismo, pudiendo, no la hubiera ejercitado […], lo que no ha acontecido en el presente caso […]. Dado el silencio que el Código civil guarda sobre el plazo para el ejercicio de la acción no se comparte el criterio de fijar su plazo de caducidad en un año (artículo 652 del Código civil), por ser preferible la orientación clásica y mayoritaria que lo establece en cuatro años (artículo 1299 del Código civil) dado que –aunque no quepa hablar de una acción de rescisión en sentido técnico– existe una evidente analogía de la denominada revocación de la donación modal o *cum onere* con las acciones rescisorias que, en enumeración abierta, contempla el artículo 1291 del Código civil, no siendo clara –en cambio– la analogía pretendida entre la denominada revocación por incumplimiento de cargas y la revocación por causa de ingratitud." (FJ 6)

Finalmente, en relación con el caso enjuiciado, el Tribunal advirtió lo siguiente:

"la acción se habría ejercitado dentro del término establecido por cuanto aunque la supresión del puesto rural de la Guardia Civil tuvo lugar en fecha de 21 de junio de 1993, sin embargo según se expresaba en comunicación de 15 de septiembre de 1998 del subdirector general de Gestión Económica y Financiera 'desde la fecha mencionada ha venido siendo utilizado como grupo de viviendas logísticas para el personal del Cuerpo', o como 'pabellones para el personal del Cuerpo' (según comunicación del coronel jefe de Valencia de 13 de marzo de 2000). Por ello, habiendo continuado tal situación al menos hasta 1995, y solicitándose la reversión de la casa cuartel formalmente en fecha de 16 de junio de 1998 (aunque constan en el expediente solicitudes anteriores, al menos de 6 de septiembre de 1994), es evidente que la solicitud lo fue en término." (FJ 6)

En consecuencia, el Tribunal rechazó los dos primeros motivos.

En lo que respecta al tercer motivo, el Tribunal también confirmó la sentencia impugnada, en el sentido de que aun transcurridos los treinta años con el destino previsto, la carga o modo impuesta con la cesión o donación continuaba –más allá de los treinta años– produciendo sus efectos, procediendo la reversión si el donatario o cesionario procedía a su cambio de destino. Sobre esta cuestión, el Tribunal indicó que pese a no existir pronunciamientos directos sobre la cuestión, sí había referencias jurisprudenciales cercanas, a las que hizo referencia, llegando a la conclusión de que había que acogerse a la tesis indicada, destacando que:

"El artículo 647 del Código civil, en su párrafo primero, establece que la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél impuso." (FJ 9)

En este sentido, el Tribunal señaló que:

"Si en cualquier tiempo las fincas no se destinasen al fin pactado, se habría dejado de cumplir la condición o carga impuesta por el donante, que realizó un acto a título gratuito, pero sometiéndolo al cumplimiento de dicha condición o carga. Por tanto, la reversión (o revocación de la donación efectuada por incumplimiento de carga) no sólo estaba prevista para el caso de no comenzarse las construcciones en un plazo de dos años a contar desde el 22 de junio de 1945, o de no terminarse éstas (sin sujeción a plazo), sino también para el caso de que el Estado español, donatario de las fincas, dejase de cumplir el fin o carga impuesta por el Ayuntamiento donante, como establece el artículo 647 del Código civil." (FJ 9)

Por tanto, el Tribunal era partidario de la no-incidencia del plazo de los treinta años, sobre la carga o modo impuesta por el Ayuntamiento donante y aceptada por la Administración estatal donataria. El Tribunal era partidario de dicho planteamiento por los motivos siguientes:

"a) En primer lugar porque resulta complejo, una vez aceptada la naturaleza modal de la condición, y, confirmada la aplicación supletoria del Código civil, proceder a la integración de esta norma legal civil (647 del Código civil) –que obliga a mantener el modo o la carga del destino decidido, sin sujeción a plazo alguno–, con otra, reglamentaria y administrativa, que, sencillamente, y mediante el establecimiento del plazo, viene a desnaturalizar la institución modal alterando la voluntad del donante que constituye el elemento fundamental del mencionado tipo de donación.

"b) En segundo lugar porque tampoco podemos olvidar lo que acabamos de adelantar: el carácter reglamentario –y posterior– de las normas que impusieron el mencionado plazo de los treinta años, contenido en los reglamentos de bienes de las entidades locales de 1955 y 1978, cuando las normas legales anteriores no habían contemplado –y las posteriores siguen en la misma línea de no contemplar– plazo alguno para el mantenimiento del destino señalado a los bienes cedidos; así ocurrió con la Ley de bases municipal de 10 de julio de 1935 y con la Ley de bases del régimen local de 17 de julio de 1945 (anteriores a la cesión de autos), y así ocurre con la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, así como con el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprobó el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (posteriores a la misma); esto es, difícilmente una reglamentaria, administrativa y posterior puede incidir –y sin el respaldo de una norma legal– sobre una anterior donación modal, efectuada sin sujeción a plazos conforme a la norma legal que es el Código civil, procediendo –además– a la desnaturalización de la misma.

"c) Que, a efectos meramente dialécticos, debe igualmente observarse el distinto tratamiento que el propio artículo 111 del Reglamento de bienes concede a los dos plazos que contempla:

"1. El primer supuesto consiste en que 'los bienes cedidos no fuesen destinados al uso dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión' o, de no expresarse el mismo, 'en el plazo máximo de cinco años'. La consecuencia es conocida: 'se considerará resuelta la cesión y revertirán aquéllos a la corporación local'.

"2. El segundo supuesto consiste en que ' los bienes cedidos […] dejasen de (estar) lo (destinados) posteriormente', con la misma consecuencia de la reversión. En el apartado segundo del citado artículo 111 se añade, no obstante, lo siguiente: 'debiendo mantenerse su destino durante los treinta años siguientes'. Tal afirmación ha venido siendo interpretada en el sentido de que, cumplidos los citados treinta años, los bienes devenían en irreversibles aunque se modificara el destino. Sin embargo, del precepto no puede deducirse que tal expresión implique la liberación del cumplimiento de la carga impuesta por el donante, ya que este elemento modal es la razón esencial de la institución que nos ocupa; esto es, el mantenimiento del bien en el destino para el que fue cedido debe permanecer mientras se mantenga la cesión. Por ello el Reglamento de 1986 ha señalado en el apartado 3 del citado artículo 111 que 'los bienes cedidos revertirán, en su caso', a diferencia del Reglamento de 1955 en el que la reversión se producía 'automáticamente'." (FJ 9)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el tercer motivo, desestimando el recurso de casación, con condena en costas a la parte recurrente, hasta un límite, respecto de la minuta de letrado de 1.500 euros.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre la donación a la Administración sometida a condición resolutoria de no hacer, ver las siguientes sentencias: STSJ de Cataluña 210/2006, de 28 de febrero, y STS de 14 de febrero de 2006.

Sobre la donación con carga modal a la Administración, ver las siguientes sentencias: STS 31 de octubre de 1988 (Aranzadi 1988/8338); STS de 11 de marzo de 1988 (Aranzadi 1988/1960); STS de 22 de julio de 2003 (Aranzadi 2003/7050); STS de 28 de abril de 1993; STS de 12 de junio de 2001 (Aranzadi 2001/7760); STS de 23 de noviembre de 1992 (Aranzadi 1992/9210); STS de 26 de junio de 2003 (Aranzadi 2003/4416); STS de 12 de marzo de 1991 (Aranzadi 1991/1985); STS de 28 de septiembre de 1992 (Aranzadi 1992/7025); STS de 11 de marzo de 1988 (Aranzadi 1988/1832); STS de 28 de septiembre de 1992 (Aranzadi 1992/7025); STS de 6 de febrero de 1954 (Aranzadi 1954/689), y STS de 16 de mayo de 1957 (Aranzadi 1957/1971).

Tribunal Supremo. Cesión de local de un ayuntamiento al Estado para la construcción de una casa cuartel de la Guardia Civil. Donación a la Administración sometida a condición resolutoria de no hacer. Reversión

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 6866/2002
FECHA: 14 de febrero de 2006
PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde
DEMANDANTE: Ayuntamiento de Vadocondes
DEMANDADO: Administración General del Estado
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC); disposición adicional primera 2 y disposición transitoria primera 3 de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992 (LMRJPA); artículos 647, 1291 y 1299 del Código civil, y artículo 111 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales (RBCL), aprobado por el Real decreto 1372/1986, de 13 de junio (antiguo artículo 97.2 del RBCL, aprobado por el Decreto de 27 de mayo de 1955)
DOCTRINA: Cesión de local de un ayuntamiento al Estado para la construcción de una casa cuartel de la Guardia Civil. Donación a la Administración sometida a condición resolutoria de no hacer. Reversión (FJ 3, 6 y 9)

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Vadocondes interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la resolución del secretario de Estado de Seguridad, presidente del Consejo Rector de la Gerencia de Infraestructuras de la Seguridad del Estado, denegatoria de la solicitud de reversión instada por el Ayuntamiento en relación con los terrenos de una antigua casa cuartel de la Guardia Civil. La Audiencia Nacional estimó el recurso.

El Abogado del Estado interpuso un recurso de casación contra dicha resolución alegando la vulneración de los artículos 42.2 y 3 y 42.1 y 2 de la LRJPAC, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en relación con la disposición adicional primera 2 y disposición transitoria primera 3 de la misma Ley 4/1999. La representación estatal entendía que, aun aceptando el transcurso de tres meses desde la solicitud de reversión (5 de abril de 2000) hasta la fecha de notificación de la resolución denegatoria (7 de julio de 2000), no habría transcurrido el plazo de dos años, establecido en la citada disposición adicional primera 2 y disposición transitoria primera 3 de la Ley 4/1999, para la adaptación de los procedimientos administrativos al nuevo régimen del silencio administrativo introducido en la LRJPAC por la citada Ley 4/1999; en consecuencia, sería de aplicación el régimen anterior e inicial de la LRJPAC, en el que el silencio tenía un sentido negativo. Por ello, se señalaba que sólo a partir del 14 de abril de 2001, transcurrido el plazo transitorio de los dos años, el silencio devendría positivo. El Tribunal estimó dicho motivo, estimando el recurso de casación, y estimó el recurso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal consideró que el único motivo invocado por el Abogado del Estado debía prosperar. Sobre este punto, el Tribunal hizo referencia a las modificaciones introducidas por la LRJPAC y, posteriormente, por la LMRJPA. En relación con la segunda norma, el Tribunal destacó las modificaciones relativas al carácter positivo del silencio administrativo, destacando que "en el nuevo 43.2 que 'los interesados podrán entender estimados por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos'" con ciertas excepciones (FJ 3).

Sin embargo, dicho esto el Tribunal advirtió que:

"este nuevo 'sistema de silencio positivo', que introduce la LMRJPA no tuvo una implantación inmediata [...] pues, por una parte, la disposición adicional primera 2 concedió al Gobierno un plazo de dos años (y no uno como en el apartado 1 de la misma) para adaptar las normas reguladoras de los procedimientos al sentido del silencio administrativo establecido en la misma LMRJPA, y, por otra parte –que es lo mas significativo a estos efectos– la disposición transitoria primera 3 concreta la cuestión en el sentido de que hasta que no se lleven a cabo las anteriores previsiones 'conservará validez el sentido del silencio administrativo establecido en las citadas normas, si bien que su forma de producción y efectos serán los previstos en la presente Ley'." (FJ 3)

Por lo indicado, el Tribunal entendió que:

"De conformidad con las mencionadas disposiciones adicional y transitoria, teniendo en cuenta que el silencio se habría producido el 5 de julio de 2000, procede la aplicación del régimen de silencio administrativo contemplado en la originaria redacción de la LRJPAC, por cuanto, a estos efectos del sentido positivo del silencio, sólo tendría eficacia tras la reforma introducida por la LMRJPA, una vez transcurridos los dos años previstos en las mencionadas disposiciones, esto es –como señala el Abogado del Estado en su motivo de casación– a partir del 14 de abril de 2001." (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal admitió el motivo formulado, casando la sentencia de instancia, que fue estimada.

Acerca de la resolución impugnada, el Tribunal advirtió que no resultaba de aplicación el Reglamento de bienes de las entidades locales aprobado por el Decreto de 27 de mayo de 1955,

sino el aprobado por Real decreto 1372/1986, de 13 de junio, que expresamente derogó al anterior y era de aplicación a los expedientes, como el de autos, iniciados tras su entrada en vigor.

Dicho esto, y en relación con la primera cuestión planteada, relativa al plazo para el ejercicio de la reversión por las entidades locales, el Tribunal reiteró lo declarado en otras ocasiones, señalando que:

"la reversión de un solar y de lo en él edificado, a un ayuntamiento, está prevista para el supuesto de incumplirse las condiciones pactadas, entre ellas, dedicarlo a finalidad distinta de la contemplada y en cuya atención se efectuó la donación […] la donación con carga modal del artículo 647 del Código civil supone una institución en la que el donante ha exigido al donatario la concurrencia de un modo, finalidad, carga, motivo o recomendación cuyo incumplimiento puede dar lugar a la revocación o resolución de un contrato que en principio nació irrevocable por la sola voluntad del donante, pudiendo quedar sin efecto después por la existencia de tales incumplimientos." (FJ 6)

Por su parte, el Tribunal advirtió que:

"En todos los casos […] se ha admitido el carácter administrativo del contrato y la sujeción de su régimen, a falta de normas específicamente aplicables, al Derecho privado." (FJ 6)

Asimismo, el Tribunal advirtió que:

"La consecuencia a que llegan estas sentencias es la de que, en el caso de incumplimiento de la finalidad a la que se sujeta la cesión del bien, procede la rescisión del contrato a instancia de la corporación cedente, bien por aplicación del artículo 647 del Código civil (según el cual 'la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso') […], bien por entender que al producirse la desafectación de los bienes en su día cedidos desapareció la causa que justificó la razón de ser del negocio jurídico y, por ende, su eficacia por desaparición de la causa del negocio, es decir, de la razón justificativa de su eficacia jurídica […] bien por aplicación del artículo 111 (antiguo artículo 97.2) del Reglamento de bienes de las corporaciones locales […]. Aceptada, pues –con todas las matizaciones que se quieran– la naturaleza de donación modal de este tipo de cesiones habrá de convenirse que el artículo dedicado a las mismas en el Código civil (artículo 647) no regula la acción para solicitar la revocación como consecuencia del incumplimiento del modo o carga impuesto, procediendo, por la analogía que la figura guarda con las acciones rescisorias y resolutorias, que la misma deberá tener –como las mencionadas– cuatro años de duración, de conformidad con lo establecido en el artículo 1299 del mencionado Código civil, contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho determinante del incumplimiento y posibilidad de ejercitar la acción." (FJ 6)

Asimismo, el Tribunal señaló que:

"La acción revocatoria que se examina sólo es intransmisible […] en el supuesto de que el donante del mismo, pudiendo, no la hubiera ejercitado […], lo que no ha acontecido en el presente caso […]. Dado el silencio que el Código civil guarda sobre el plazo para el ejercicio de la acción no se comparte el criterio de fijar su plazo de caducidad en un año (artículo 652 del Código civil), por ser preferible la orientación clásica y mayoritaria que lo establece en cuatro años (artículo 1299 del Código civil) dado que –aunque no quepa hablar de una acción de rescisión en sentido técnico– existe una evidente analogía de la denominada revocación de la donación modal o *cum onere* con las acciones rescisorias que, en enumeración abierta, contempla el artículo 1291 del Código civil, no siendo clara –en cambio– la analogía pretendida entre la denominada revocación por incumplimiento de cargas y la revocación por causa de ingratitud." (FJ 6)

Por lo expuesto, el Tribunal entendió que la acción se habría ejercitado dentro del término establecido, por lo que el Tribunal entendió que procedía la anulación de la resolución impugnada que consideraba caducada la acción ejercitada por el Ayuntamiento recurrente.

En relación con la procedencia de la reversión si se acreditaba que los bienes cedidos habían estado destinados al fin para el que lo fueron por un plazo que superara el de los treinta años, el Tribunal confirmó el criterio expuesto por la Audiencia Nacional, estimándose la demanda y anulando, también en este particular, la resolución impugnada del secretario de Estado de Seguridad. Sobre este aspecto, el Tribunal advirtió que "el mencionado plazo de treinta años había discurrido suficientemente", y a continuación recordó lo señalado por la jurisprudencia partidaria de que "no se accede a la reversión, por cambio de destino de los bienes cedidos –mediante donación modal– no obstante haber transcurrido casi cien años desde el momento de la expresada cesión" (FJ 9).

Al respecto, el Tribunal recordó que:

"Hemos aceptado la consideración de la cesión realizada por el Ayuntamiento recurrente como la de una donación de carácter modal y, asimismo, hemos puesto de manifiesto la ausencia de una regulación específica completa de la mencionada institución en el ámbito del derecho administrativo; ello nos ha llevado a aceptar la aplicación supletoria del Código civil (fundamentalmente, su artículo 647) en cuanto al plazo para el ejercicio de la acción de reversión. Pero, también es cierto que las normas administrativas reglamentarias, que –parcialmente– han regulado la cesión de bienes en el ámbito de la Administración local (tanto el Reglamento de bienes de las entidades locales de 1955 como el de 1986) han sometido, en principio, la mencionada cesión, a determinados plazos, cuya incidencia sobre la cesión es el hilo conductor del presente litigio." (FJ 9)

Por tanto, el Tribunal era partidario de la no-incidencia del plazo de los treinta años, sobre la carga o modo impuesta por el Ayuntamiento donante y aceptada por la Administración estatal donataria. El Tribunal era partidario de dicho planteamiento por los motivos siguientes:

"a) En primer lugar, porque resulta complejo, una vez aceptada la naturaleza modal de la condición, y, confirmada la aplicación supletoria del Código civil, proceder a la integración de esta norma legal civil (647 del Código civil) –que obliga a mantener el modo o la carga del destino decidido, sin sujeción a plazo alguno–, con otra, reglamentaria y administrativa, que, sencillamente, y mediante el establecimiento del plazo, viene a desnaturalizar la institución modal alterando la voluntad del donante que constituye el elemento fundamental del mencionado tipo de donación.

"b) En segundo lugar, porque tampoco podemos olvidar lo que acabamos de adelantar: el carácter reglamentario –y posterior– de las normas que impusieron el mencionado plazo de los treinta años, contenido en los reglamentos de bienes de las entidades locales de 1955 y 1978, cuando las normas legales anteriores no habían contemplado –y las posteriores siguen en la misma línea de no contemplar– plazo alguno para el mantenimiento del destino señalado a los bienes cedidos; así ocurrió con la Ley de bases municipal de 10 de julio de 1935 y con la Ley de bases del régimen local de 17 de julio de 1945 (anteriores a la cesión de autos), y así ocurre con la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local así como con el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprobó el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (posteriores a la misma); esto es, difícilmente una reglamentaria, administrativa y posterior puede incidir –y sin el respaldo de una norma legal– sobre una anterior donación modal, efectuada sin sujeción a plazos conforme a la norma legal que es el Código civil, procediendo –además– a la desnaturalización de la misma.

"c) Que, a efectos meramente dialécticos, debe igualmente observarse el distinto tratamiento que el propio artículo 111 del Reglamento de bienes concede a los dos plazos que contempla:

"1. El primer supuesto consiste en que 'los bienes cedidos no fuesen destinados al uso dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión' o, de no expresarse el mismo, 'en el plazo máximo de cinco años'. La consecuencia es conocida: 'se considerará resuelta la cesión y revertirán aquéllos a la corporación local'.

"2. El segundo supuesto consiste en que 'los bienes cedidos […] dejasen de (estar) lo (destinados) posteriormente', con la misma consecuencia de la reversión. En el apartado segundo del citado artículo 111 se añade, no obstante, lo siguiente: 'debiendo mantenerse su destino durante los treinta años siguientes'. Tal afirmación ha venido siendo interpretada en el sentido de que, cumplidos los citados treinta años, los bienes devenían en irreversibles aunque se modificara el destino. Sin embargo, del precepto no puede deducirse que tal expresión implique la liberación del cumplimiento de la carga impuesta por el donante, ya que este elemento modal es la razón esencial de la institución que nos ocupa; esto es, el mantenimiento del bien en el destino para el que fue cedido debe permanecer mientras se mantenga la cesión. Por ello el Reglamento de 1986 ha señalado en el apartado 3 del citado artículo 111 que 'los bienes cedidos revertirán, en su caso', a diferencia del Reglamento de 1955 en el que la reversión se producía 'automáticamente'." (FJ 9)

En consecuencia, el Tribunal estimó el motivo de casación, revocando la sentencia impugnada y estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Vadocondes, anulando la resolución impugnada por no ser ajustada a Derecho y declarando el derecho de la corporación recurrente a la reversión de los terrenos.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre la donación a la Administración sometida a condición resolutoria de no hacer, ver las siguientes sentencias: STS de 21 de febrero de 2006, y STSJ de Cataluña 210/2006, de 28 de febrero.

Sobre la donación con carga modal a la Administración, ver las siguientes sentencias: STS de 31 de octubre de 1988 (Aranzadi 1988/8338); STS de 11 de marzo de 1988 (Aranzadi 1988/1960); STS de 22 de julio de 2003 (Aranzadi 2003/7050); STS de 28 de abril de 1993; STS de 12 de junio de 2001 (Aranzadi 2001/7760); STS de 23 de noviembre de 1992 (Aranzadi 1992/9210); STS de 26 de junio de 2003 (Aranzadi 2003/4416); STS de 12 de marzo de 1991 (Aranzadi 1991/1985); STS de 28 de septiembre de 1992 (Aranzadi 1992/7025); STS de 11 de marzo de 1988 (Aranzadi 1988/1832); STS de 28 de septiembre de 1992 (Aranzadi 1992/7025), y STS de 6 de febrero de 1954 (Aranzadi 1954/689).).

Audiencia Nacional. Contratos públicos. Contratos públicos de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida. Exigencia de una oficina abierta al público en la provincia en la que debe prestarse el servicio. Principio de no-discriminación. Libertad de establecimiento. Libre prestación de servicios

ÓRGANO: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 398/2001
FECHA: 12 de abril de 2006
PONENTE: Ilma. Sra. Ana Isabel Martín Valero
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Administración General del Estado
DOCTRINA: Contratos públicos. Contratos públicos de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida. Exigencia de una oficina abierta al público en la provincia en la que debe prestarse el servicio. Principio de no-discriminación. Libertad de establecimiento. Libre prestación de servicios (FJ 7, 8 y 9)

SUPUESTO DE HECHO

Dos empresas interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra dos resoluciones del Instituto Nacional de Salud mediante las que se convocaban los concursos públicos abiertos para terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistidas en el ámbito de Cáceres y Badajoz, así como contra la resolución de la Presidencia Ejecutiva del Insalud desestimatoria de los recursos de reposición formulados frente las anteriores, confirmatoria de los mismos. El juzgado central de lo contencioso-administrativo de Madrid desestimó el recurso. Contra dicha resolución las mencionadas empresas interpusieron un recurso de apelación.

La Audiencia Nacional acordó suspender el procedimiento hasta la resolución de la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en relación con los criterios de valoración de las ofertas y los criterios de desempate de dos licitadores que hubieran obtenido la misma puntuación (Asunto C-234/03). Asimismo, la sentencia dio lugar a la interposición de un recurso de incumplimiento de la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España (Asunto C-158/93). En ambos casos, el TJCE afirmó lo siguiente:

"el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 de la CE al incluir en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la provincia en la que debe prestarse el servicio, o, en su caso, en su capital, y, por otra parte, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones de producción, de acondicionamiento y de envasado ubicadas, según el caso, en España o a menos de 1.000 km de la provincia de que se trate, o de oficinas abiertas al público en otras localidades determinadas de esta última, y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata."

Siguiendo las consideraciones del TJCE, la Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso, anulando el requisito de admisión que exigía que la entidad ofertante dispusiera en el momento de presentación de la oferta de al menos una oficina abierta al público en la ciudad de Cáceres o Badajoz un mínimo de ocho horas al día, cinco días a la semana en horario de mañana y tarde, y los criterios de valoración consistentes en atribuir puntos adicionales si el licitador disponía de oficinas abiertas al público en algunas ciudades de la provincia en la que se prestaría el servicio y el relativo a la propiedad de determinadas instalaciones de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno en un radio de 1.000 km alrededor de la provincia en la que se prestará el servicio, confirmando las resoluciones impugnadas en los demás aspectos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Según se ha indicado, el Tribunal tuvo en cuenta los criterios del TJCE, advirtiendo que:

"corresponde a este órgano jurisdiccional nacional comprobar si concurren los cuatro requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria para que el requisito de admisión y los criterios de valoración cuestionados, que en principio podrían obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, se atengan a los artículos 43 (libertad de establecimiento) y 49 (libre prestación del servicio) de dicho Tratado." (FJ 7)

Los "cuatro requisitos" a los que se refería el Tribunal eran los siguientes:

"que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen, y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo."

En este sentido, en cuanto al requisito de admisión que exigía que la entidad ofertante dispusiera en el momento de presentación de la oferta de al menos una oficina abierta al público en la ciudad de Cáceres o Badajoz un mínimo de ocho horas al día, cinco días a la semana en horario de mañana y tarde, el Tribunal, siguiendo los criterios del TJCE señaló que:

"si bien no es discriminatoria, toda vez que no existe ningún obstáculo para que cualquier empresa nacional o extranjera puede instalarse en dichas ciudades, y puede estar justificada por razones imperiosas de interés general, cuales son la protección de la vida y la salud de los pacientes, no obstante resulta desproporcionada y va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo del contrato, pues sería suficiente al respecto el compromiso o condición de abrirla una vez adjudicado el contrato, en su caso." (FJ 7)

En cuanto al criterio de valoración relativo a la propiedad de determinadas instalaciones de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno en un radio de 1.000 km alrededor de la provincia en la que se prestaría el servicio, el Tribunal señaló que:

"si bien es cierto que la seguridad del abastecimiento puede formar parte de los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar la oferta más ventajosa económicamente en el caso de un servicio como el que se examina, que pretende proteger la vida y la salud de las personas previendo una producción propia diversificada y próxima al lugar de consumo, no obstante, en el presente caso dicho criterio no parece ajustado a la finalidad que se persigue, dado que el criterio de la distancia de 1.000 km por la que se ha optado resulta inadecuada para la realización del objetivo de que se trata y para alcanzar el objetivo que se persigue, toda vez que no aparece debidamente justificado en el expediente la elección de dicha distancia y no de otra diferente, más cercana o más lejana, limitándose a manifestar la resolución que desestima el recurso de reposición formulado por la parte recurrente que 'se ha considerado razonable', pero sin explicar las razones técnicas que han determinado la elección de esa distancia." (FJ 8)

Sobre este punto, el Tribunal añadió que:

"la proximidad de las instalaciones de producción no garantiza que se alcance el objetivo de seguridad del abastecimiento, dado que el oxígeno producido en las instalaciones de producción se transporta a los centros de gasificación para ser comprimido en botellas, y, por otra parte, en dichos centros existe una reserva de seguridad de botellas llenas, suficiente, en caso de avería, de paro técnico o de emergencia, para garantizar el suministro de oxígeno durante al menos quince días; c) por último, el criterio de posesión de instalaciones de producción no se refiere a la prestación del servicio que constituye el objeto del contrato, a saber, el suministro a domicilio de oxígeno terapéutico, y ni siquiera a la cantidad de gas que se producirá, sino a la capacidad máxima de producción de las instalaciones que posee el licitador, ya que se atribuyen puntos adicionales cada vez que se supera uno de los tres umbrales de producción total anual fijados, y, por tanto, no cabe considerar que tales criterios de valoración estén relacionados con el contrato y todavía menos que sean adecuados para garantizar la realización del mismo.

"Y que no puede establecerse válidamente como criterio de adjudicación la capacidad de los licitadores para suministrar la mayor cantidad posible de producto, pues, dado que se atribuye la máxima puntuación a los licitadores que disponen de una capacidad de producción mucho mayor que el consumo previsible en el marco de los concursos controvertidos." (FJ 8)

Finalmente, en cuanto al criterio del desempate entre dos licitadores que hubieran obtenido la misma puntuación, el Tribunal, criterio aplicable no sólo en caso de igualdad global sino también técnica, a favor de la empresa que viniera gestionando con anterioridad el servicio mayoritariamente, el TJCE consideraba que resulta discriminatorio optar automática y definitivamente por la empresa que ya esté presente en el mercado de que se trata. Sobre este punto, el Tribunal recordó que le correspondía verificar si los criterios cuestionados reunían los cuatro requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria mencionados anteriormente. Al respecto, el Tribunal recordó que el TJCE ya se había pronunciado sobre el carácter discriminatorio de los mismos, declarando que lo era optar automáticamente por la empresa que ya estuviera presente en el mercado. Ante ello, el Tribunal analizó si dicha discriminación estaba justificada por razones de interés general y era adecuada y necesaria para garantizar el objetivo que perseguía. Al respecto, el Tribunal señaló que:

"la discriminación puesta de manifiesto por el Tribunal de Justicia estaría justificada por razones de interés general, cual es, como en todos los criterios que analizamos, garantizar la salud y las necesidades sanitarias de los pacientes, y sería adecuada y proporcionada para conseguir ese objetivo evitando la alteración en la prestación que venían recibiendo y asegurando su continuidad sin interrupciones derivadas de la adaptación al servicio de una nueva empresa, no debiéndose olvidar, como se ha expuesto, que este criterio opera sólo en el supuesto de igualdad absoluta, incluida la igualdad técnica, entre dos empresas, y, por tanto, se supone que ambas están igual de capacitadas para prestar el servicio, y que se aplica en último lugar, cuando el resto de los criterios no permitan resolver el empate a favor de una de las empresas." (FJ 9)

En consecuencia, el Tribunal entendió que:

"dicho criterio no se opone al principio de igualdad, ni vulnera la Ley de contratos de las administraciones públicas ni la normativa comunitaria, teniendo en cuenta que no existe regulación expresa en la Ley de contratos de las administraciones

públicas ni en la normativa comunitaria para resolver los supuestos de desempate, correspondiendo a la Administración determinar los criterios para la adjudicación del concurso, que si bien pueden ser revisados en vía jurisdiccional, sólo procederá declarar su nulidad cuando resulten arbitrarios o injustificados, lo que no es el caso según las consideraciones expuestas, debiendo confirmarse la sentencia en este punto." (FJ 9)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó parcialmente el recurso de apelación.

En virtud de lo expuesto, procede estimar parcialmente el presente recurso de apelación, anulando la sentencia impugnada en cuanto consideraba ajustado a derecho el requisito de admisión que exigía que la entidad ofertante dispusiera en el momento de presentación de la oferta de al menos una oficina abierta al público en la ciudad de Cáceres o Badajoz un mínimo de ocho horas al día, cinco días a la semana en horario de mañana y tarde, y los criterios de valoración consistentes en atribuir puntos adicionales si el licitador dispone de oficinas abiertas al público en algunas ciudades de la provincia en la que se prestará el servicio y el relativo a la propiedad de determinadas instalaciones de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno en un radio de 1.000 km alrededor de la provincia en la que se prestará el servicio, criterios que entendió que procedía anular; confirmando la sentencia en relación con el criterio de desempate a favor de la empresa que viniera gestionando con anterioridad el servicio mayoritariamente, que se consideró ajustado a derecho.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Resolviendo el recurso de incumplimiento relativo al fondo del asunto, en el número 11 del QDL, ver la siguiente sentencia: STJCE de 24 de noviembre de 2005, asunto C-158/03.

La cuestión prejudicial en la que se basa la sentencia fue resuelta por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencia de fecha 27 de octubre de 2005, en el asunto C-234/03.

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. Exclusión en un plan parcial de la calificación de ciertas fincas afectadas por un pleito civil como litigiosas. Competencia de la jurisdicción contenciosa para la determinación de la existencia de titularidades dominicales

SUPUESTO DE HECHO

El alcalde del Ayuntamiento de Alcorcón dictó un decreto por el que se aprobaba el proyecto de compensación de un plan parcial. Varios propietarios de terrenos interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, alegando que dicho proyecto debió calificar de titularidades litigiosas las aportaciones afectadas por un pleito civil y, por ello, ser adjudicadas fiduciariamente al Ayuntamiento en tanto que se resolviese dicho litigio.

La Administración demandada y la empresa formularon una excepción de incompetencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones suscitadas, por corresponder al orden civil.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid se declaró incompetente para la resolución del caso, por corresponder el conocimiento de las cuestiones planteadas a la jurisdicción civil, declarando inadmisible el recurso contencioso-administrativo.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1307/2000
RESOLUCIÓN: 630/2006
FECHA: 18 de abril de 2006
PONENTE: Ilmo. Sr. José Félix Martín Corredera
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Ayuntamiento de Alcorcón
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 103.4 del Reglamento de gestión urbanística
DOCTRINA: Exclusión en un plan parcial de la calificación de ciertas fincas afectadas por un pleito civil como litigiosas. Competencia de la jurisdicción contenciosa para la determinación de la existencia de titularidades dominicales (FJ 3)

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó su competencia para resolver acerca de la cuestión planteada.

Al respecto, éste advirtió que:

"no es competencia del orden contencioso, sino de incumbencia exclusiva del orden civil, decidir sobre la existencia de titularidades dominicales en el ámbito de la Unidad de Ejecución y ello porque no es función de la Administración decidir la persona que resulte titular de terrenos comprendidos en la Unidad de Actuación." (FJ 3)

A continuación, el Tribunal señaló que:

"cuando se trata de fincas inscritas, la Administración actuante no tiene facultad de la calificación de litigiosa, y aquí, aunque al concretar la controversia, la administración parecería en un juicio apresurado que se habría excedido de su cometido, y el conocimiento de esa cuestión podría corresponder al orden contencioso, en realidad lo único que ha hecho es dejar reflejo de la superficie que restaría a la parcela anotada como consecuencia de la expropiación, con la finalidad, claro está, de trasladar la litigiosidad a las fincas de resultado." (FJ 3)

Por último, y siguiendo con la competencia de la jurisdicción contenciosa, el Tribunal declaró lo siguiente:

"Lo hasta aquí expuesto conduce a dos conclusiones: la primera, con implicaciones de orden competencial, que los tribunales contenciosos pueden controlar el pronunciamiento administrativo sobre la litigiosidad, esto es, el control de que la Administración no ha extravasado el límite expresado de la calificación de la litigiosidad y comprobamos que la potestad se ha ejercido en los límites legales al referirla a la finca sobre la que se había practicado anotación preventiva.

"Y, segunda, que no estamos ante un expediente de titularidad dudosa. En efecto, no ha de olvidarse que los términos de las pretensiones de las recurrentes tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional, aunque no entendiéramos al pie de la letras sus peticiones, esto es, que podían incluir la solicitud de la consideración de titularidad dudosa, nunca se planteó en términos de duda su posición, debiendo de notarse que tanto los recurrentes, como la compañía Urbanizadora Somosaguas, traen causa del mismo vendedor y procediendo las parcelas de unos y otros de la misma finca matriz originaria." (FJ 3)

Para terminar, el Tribunal señaló que:

"una vez que se ha comprobado que la Administración no ha incurrido en exceso en la calificación de la litigiosidad, sino que lo ha hecho en armonía con la anotación preventiva tomada en pleito civil, hemos de llegar a la conclusión de que este orden jurisdiccional no es competente, por corresponder al civil, para conocer de las cuestiones planteadas." (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción, por corresponder el conocimiento de las cuestiones planteadas al orden civil y, en su virtud, declaró inadmisible el recurso contencioso-administrativo

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Imposición de una sanción administrativa por modificación de un aparato de taxímetro durante la tramitación de un proceso penal por el mismo hecho. Principio de *non bis in idem* en su vertiente formal o procesal. Identidad de hechos, sujetos y fundamento. Principio de proporcionalidad

SUPUESTO DE HECHO

El consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid dictó una resolución por la que se imponía una sanción de multa de 2.000.000 de pesetas por la comisión de una infracción tipificada como grave por el artículo 13.3.b) en relación con los artículos 13.4 y 7.2.c) de la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de metrología, y con el Real decreto 1596/1982, de 18 de junio, y la Orden ministerial de 29 de mayo de 1998, consistente en llevar a cabo una modificación de un aparato taxímetro, eludiendo los necesarios controles metrológicos exigidos por la citada Ley 3/1985, de metrología, en relación con la normativa específica de aparatos taquicronométricos. Interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, éste fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Novena. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 396/2002
RESOLUCIÓN: 609/2006
FECHA: 12 de abril de 2006
PONENTE: Ilmo. Sra. Ángeles Huet de Sande
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Administración General del Estado
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 25 de la CE, y artículo 7.2 del Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora
DOCTRINA: Imposición de una sanción administrativa por modificación de un aparato de taxímetro durante la tramitación de un proceso penal por el mismo hecho. Principio de *non bis in idem* en su vertiente formal o procesal. Identidad de hechos, sujetos y fundamento. Principio de proporcionalidad (FJ 4, 5 y 6)

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente fundamentaba el recurso en dos motivos. Por un lado, alegaba la vulneración del principio constitucional de *non bis in idem*, en su vertiente procesal, al no haber suspendido el procedimiento sancionador a pesar de encontrarse pendiente de concluir por sentencia firme un proceso penal seguido por los mismos hechos. Por otro lado, también se invocaba la vulneración del principio de proporcionalidad, por haberse impuesto la sanción, sin motivación suficiente, en su cuantía máxima.

En relación con la vulneración del principio constitucional de *non bis in idem*, "reconocido desde bien temprano por el Tribunal Constitucional como integrante del principio de legalidad en materia penal y sancionadora constitucionalmente reconocido en el artículo 25.1 de la CE", el Tribunal recordó la jurisprudencia al respecto, recordando las dos vertientes del mismo. En relación con la vertiente material:

"tal principio impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento." (FJ 4)

Con respecto a la vertiente formal o procesal del derecho, el Tribunal recordó que:

"se concreta en la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código penal." (FJ 4)

Dicho esto, el Tribunal se refirió al sentido que había que dar al artículo 7.2 del Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, señalando que:

"en los casos de concurrencia 'aparente' de infracciones penales y administrativas la preferencia del orden penal para el conocimiento de los hechos es absoluta, de forma que la Administración se encuentra obligada, en estos casos, por exigencia constitucional derivada del mencionado principio de *non bis in idem* en su vertiente procedimental, a paralizar el procedimiento sancionador que se siga por los mismos hechos. Y esta concurrencia 'aparente' de infracciones penales y administrativas, en el ámbito analizado relativo al principio de *non bis in idem*, supone que debe haber, en principio, una identidad de hechos, sujeto y fundamento, entre ambas infracciones analizadas, de forma que, cuando esta triple identidad concurre, de forma aparente, la Administración se ve obligada a suspender el procedimiento sancionador por ser preferente la jurisdicción penal, actuando, de esta forma, dicha vertiente procedimental del principio analizado, con carácter preventivo, evitando que pueda producirse una doble sanción por los mismos hechos y con el mismo fundamento contra el mismo sujeto, esto es, evitando que pueda producirse la lesión material del citado principio." (FJ 4)

Dicho lo anterior, el Tribunal entendió que procedía la desestimación de la alegación relativa a la vulneración del principio de *non bis in idem*, debida a la disparidad evidente entre bienes jurídicos protegidos por las dos infracciones:

"la disparidad evidente de bienes jurídicos protegidos por las dos infracciones, penal y administrativa, aquí analizadas, impide que pueda entrar en juego el principio constitucional alegado y, por tanto, excluye que la Administración tuviera obligación alguna de suspender el procedimiento sancionador hasta que con-

cluyera por sentencia firme el proceso penal ya que, si bien éste se seguía contra el mismo sujeto y por los mismos hechos, el fundamento de la infracción penal que allí se enjuiciaba, una falta de estafa, ninguna relación guardaba con el fundamento o bien jurídico protegido por la infracción administrativa que aquí se analiza, consistente en eludir los controles metrológicos establecidos en la Ley 3/1985, de metrología, y sus reglamentos de desarrollo por haber modificado un aparato metrológico, un taxímetro, sin someterlo a la correspondiente verificación autorizada [artículo 13.3.b), en relación con el artículo 7.2.c), de la Ley 3/1985, y sus normas reglamentarias de desarrollo].

"Y así, el bien jurídico protegido por la falta de estafa es el patrimonio y, en cambio, el bien jurídico protegido por la infracción administrativa por la que el actor ha sido sancionado en la resolución impugnada es el interés público existente en el control metrológico que corresponde al Estado para velar por la exactitud y corrección de los pesos y medidas y de los aparatos que los utilizan (exposición de motivos de la Ley 3/1985, de metrología)." (FJ 5)

En cuanto a la segunda alegación (desproporción de la sanción), el Tribunal también entendió que debía ser desestimada. A este respecto, recordó los criterios en los que se había basado la resolución impugnada para la imposición de la misma en su grado máximo, "la intencionalidad y la repercusión social de la infracción", y declaró lo siguiente:

"ambos criterios, ponderados por la Administración para la imposición de la sanción en su grado y cuantía máxima, concurren en la conducta realizada por el actor. Y así, como se argumenta en la resolución impugnada, la intencionalidad concurre en el presente caso de forma reduplicada, pues de los hechos probados […] se desprende no ya la alteración consciente y sin control autorizado alguno del taxímetro instalado en el vehículo auto-taxi del actor, sino una intencionalidad cualificada hasta el punto de que la alteración permitía la fijación por el aparato medidor de un precio superior al permitido con sólo pulsar un botón accionado por el actor cuando tuviera por conveniente por su propia decisión. Y en cuanto a la trascendencia social de la infracción deriva, lógicamente, como también se apunta en la resolución impugnada, de estar instalado dicho aparato medidor, ilícita y conscientemente alterado, en un vehículo auto-taxi, potencialmente utilizable por múltiples usuarios con la inseguridad generalizada que ello supone en los usuarios del servicio." (FJ 6)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso contencioso-administrativo.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el principio de *non bis in idem,* ver las siguientes resoluciones: STC 2/1981 (Aranzadi 1981/2); STC 2/1981 (FJ 4); STC 66/1986, de 23 de mayo (Aranzadi 1986/66) (FJ 2); STC 154/1990, de 15 de octubre (Aranzadi 1990/154) (FJ 3); STC 234/1991, de 10 de diciembre (Aranzadi 1991/234) (FJ 2); STC 270/1994, de 17 de octubre (Aranzadi 1994/270) (FJ 5), y STC 204/1996, de 16 de diciembre (Aranzadi 1996/204) (FJ 2).

Sobre la vertiente material de dicho principio: STC del Pleno, 2/2003, de 16 de enero (Aranzadi 2003/2); STC 159/1985, de 27 de noviembre (Aranzadi 1985/159) (FJ 3); STC 94/1986, de 8 de julio (Aranzadi 1986/94) (FJ 4); STC 154/1990, de 15 de octubre (Aranzadi 1990/154) (FJ 3); STC 204/1996, de 16 de diciembre (Aranzadi 1996/204) (FJ 2); STC 154/1990, de 15 de octubre (Aranzadi 1990/154) (FJ 3); STC 177/1999, de 11 de octubre (Aranzadi 1999/177) (FJ 3), y STC ATC 329/1995, de 11 de diciembre (Aranzadi 1995/329 auto) (FJ 2).

En cuanto a la vertiente formal o procesal de dicho principio: STC del Pleno 2/2003, de 16 de enero (Aranzadi 2003/2); STC 77/83 (Aranzadi 1983/77); STC 77/1983, de 3 de octubre (FJ 3), y STC 2/03, de 16 de enero (FJ 3).

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Prescripción del derecho de la Administración a practicar cualquier tipo de liquidación por haber transcurrido un período de paralización injustificada durante el período de inspección. Nulidad de notificaciones de liquidación efectuadas a través del boletín oficial de la provincia por no haberse cumplido con las exigencias legales para su validez

SUPUESTO DE HECHO

Un particular interpuso un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Foral de Bizkaia por el que se estimaron en parte las reclamaciones interpuestas contra una diligencia de embargo de pensiones dictada por el Servicio de Recaudación de la Hacienda Foral, y contra las liquidaciones por intereses de demora, así como contra una liquidación por IRPF, ordenándose que por el subdirector de Inspección se anulara una de las liquidaciones y se practicara por dicho concepto y período una nueva liquidación, en la que se tuviera en cuenta lo señalado a efectos de la determinación del incremento de patrimonio, efectuándose un nuevo cálculo del importe de la sanción impuesta. También se ordenaba que se anulasen por el jefe del Servicio de Recaudación varias liquidaciones por intereses de demora, practicando nuevas liquidaciones, en las que se tuvieran en cuenta los intereses devengados por la deuda derivada de la nueva liquidación del IRPF del ejercicio 1989; y el levantamiento del embargo impugnado, con el reconocimiento, en su caso, del derecho a la devolución de las cantidades ingresadas, en su caso, o la cancelación del aval bancario.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó el recurso, declarando la disconformidad parcial a derecho del acuerdo recurrido, con mantenimiento del pronunciamiento par-

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1141/2004
RESOLUCIÓN: 270/2006
FECHA: 7 de abril de 2006
PONENTE: Ilmo. Sr. Ángel Ruiz Ruiz
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Diputación Foral de Vizcaya
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 77.6 de la Norma foral general tributaria de Bizkaia 3/1986, de 26 de marzo; artículo 7 de la Norma foral 2/1999, de 12 de febrero, y artículo 63.5 del Decreto foral 64/1987, de 9 de junio
DOCTRINA: Prescripción del derecho de la Administración a practicar cualquier tipo de liquidación por haber transcurrido un período de paralización injustificada durante el período de inspección. Nulidad de notificaciones de liquidación efectuadas a través del boletín oficial de la provincia por no haberse cumplido con las exigencias legales para su validez (FJ 5 y 6)

cialmente estimatorio de las reclamaciones económico-administrativas, declarando su nulidad en lo dispuesto en cuanto a la práctica de liquidación del IRPF, ejercicio 1989, por prescripción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó las distintas causas de impugnación invocadas por el recurrente. En cuanto a la primera, vinculada al lapso de tiempo transcurrido desde el auto de sobreseimiento libre de la causa penal hasta la reanudación de la actuación inspectora, el Tribunal recordó que el artículo 77.6 de la Norma foral general tributaria de Bizkaia, en su redacción dada por la Norma foral 1/1996:

"cuando recogía que en los supuestos en los que la administración tributaria estime que las infracciones podían ser constitutivas de los delitos contra la Hacienda pública, dará traslado del expediente al contribuyente para que pueda efectuar alegaciones y, en su caso, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente, absteniéndose de seguir el procedimiento administrativo mientras la autoridad judicial no dicte resolución firme, o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal." (FJ 5)

Dicho esto, el Tribunal señaló que:

"La normativa reglamentaria […] prevé expresamente la interrupción del plazo de prescripción por la remisión del expediente a efectos penales, tanto en cuanto a la práctica de liquidaciones administrativas como de la imposición de sanción […] singularmente el artículo 63.5 del Reglamento de inspección, que cuando la autoridad judicial no estima la existencia de delito, la Administración continuará el expediente practicando las liquidaciones e imponiendo las sanciones que procedan, en base a los hechos que los tribunales han considerado probados." (FJ 5)

A continuación, con respecto al caso estudiado, el Tribunal destacó que:

"la Diputación Foral, no estaba personada en la causa penal, al menos de ello hemos de partir, lo que no puede sino considerarse relevante para el reinicio del plazo de prescripción, y en lo que interesa a los efectos del cómputo del plazo de 6 meses del artículo 31.4 del Reglamento de inspección, cuyo transcurso hubiera supuesto excluir el efecto interruptivo de las actuaciones previas, lo que no puede tener relevancia para la Hacienda foral sino desde que se le pusiera en conocimiento la resolución judicial que conducía a la conclusión del procedimiento penal, en este caso el auto de sobreseimiento libre de 17 de febrero de 1997." (FJ 5)

En consecuencia:

"Como en este caso […] no consta que se pusiera en conocimiento de la Hacienda foral el auto de sobreseimiento libre, en términos para que tuviera relevancia la argumentación que se traslada por el recurrente, ha de decaer este primer motivo o causa de prescripción." (FJ 5)

Por el contrario, el Tribunal sí estimó la segunda causa de prescripción invocada por el recurrente, a consecuencia de la defectuosa notificación de la liquidación principal, dado que había sido considerada nula por el Tribunal Económico-Administrativo. Al respecto, el Tribunal destacó la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuya virtud:

"Si el momento en que se cierra el período temporal durante el que ha estado inactiva la Administración tributaria es posterior al 1 de enero de 1999, el plazo prescriptivo aplicable es el de cuatro años (aunque el *dies a quo* del citado período sea anterior a la indicada fecha) y el instituto de la prescripción se rige por lo determinado en los nuevos artículos 24 de la Ley 1/1998 y 64 de la LGT. Y, *a sensu contrario*, si el mencionado período temporal de inactividad administrativa ha concluido antes del 1 de enero de 1999, el plazo prescriptivo aplicable es el anteriormente vigente de cinco años y el régimen imperante es el existente antes de la citada Ley 1/1998. En ambos casos, sin perjuicio de que la interrupción de la prescripción producida, en su caso, con anterioridad a la indicada fecha del 1 de enero de 1999, genere los efectos previstos en la normativa –respectivamente– vigente. No otra cosa es lo expresado o querido expresar por el Real decreto 136/2000 y por la sentencia de instancia con la frase 'con independencia de la fecha en que se hubieran realizado los correspondientes hechos imponibles, cometido las infracciones o efectuado los ingresos indebidos' (frase que, por lo ya dicho, no encierra ni pretende encerrar una retroactividad radical)." (FJ 6)

Asimismo, el Tribunal citó la doctrina del Tribunal Supremo en cuya virtud:

"no interrumpen la prescripción, en contra del contribuyente, los escritos de alegaciones por él presentados, a diferencia del procedimiento económico-administrativo." (FJ 6)

Finalmente, el Tribunal declaró lo siguiente:

"en nuestro caso no es necesario trasladar el debate vinculado a la eficacia interruptiva de la prescripción de los actos simplemente anulables, dado que nos encontramos con que el acuerdo del TEAF aquí recurrido llegó a alcanzar como conclusión la de la nulidad de los actos producidos en el curso del procedimiento de apremio y la reposición de la liquidación del ejercicio de 1989 a período voluntario, al objeto de efectuar una nueva y correcta notificación, esto es, como consecuencia de la incorrecta notificación, por lo que incluso desde la perspectiva del planteamiento que se hace por la Diputación Foral en su contestación, esto es, la vinculación de la existencia de interrupción a los supuestos de actuación administrativa declarada nula o anulable y no nula de pleno derecho, exige como presupuesto que la actuación nula sea correctamente notificada, por cuanto que de ser incorrectamente notificada ni tan siquiera la actuación anulable puede tener efectos interruptivos dado que obviamente cualquier pretensión de interrupción de los plazos de prescripción exige la correcta notificación al afectado y perjudicado por la interrupción de la prescripción por actos administrativos incluso anulables y anulados." (FJ 6)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó la concurrencia de la segunda causa de prescripción invocada por el recurrente y, en consecuencia, estimó el recurso, en los términos indicados en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la aplicación retroactiva del plazo de prescripción establecido por la Ley 1/1998, ver las siguientes sentencias: STS de 24 de mayo de 2005, recaída en el recurso de casación 6553/2000 (Aranzadi 2005, 5903), y STS de 25 de septiembre de 2001 (Aranzadi 2001/8267).

Sobre la eficacia interruptiva de la prescripción de los actos administrativos anulados, ver la siguiente sentencia: STS, Madrid, de 29 de septiembre de 2004 (Aranzadi 2005/849).

Negando que interrumpan la prescripción, en contra del contribuyente, los escritos de alegaciones por él presentados: STS de 5 de diciembre de 2003, recurso de casación 3698/1998 (Aranzadi 2003/9522).

Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. Intentos de notificación en el lugar donde se desempeña la actividad empresarial en días alternos. Validez de las notificaciones

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1474/2003
RESOLUCIÓN: 343/2006
FECHA: 31 de marzo de 2006
PONENTE: Ilmo. Sr. Jesús José Suárez Tejera
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Gobierno canario
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), y artículos 41 a 43 del Real decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales
DOCTRINA: Intentos de notificación en el lugar donde se desempeña la actividad empresarial en días alternos. Validez de las notificaciones (FJ 4 y 6)

SUPUESTO DE HECHO

Un particular interpuso un recurso de reposición ante la Tesorería General de Las Palmas contra una liquidación practicada en concepto de Sanción Turismo, alegando no haber recibido notificación del procedimiento sancionador. Dicho recurso fue desestimado por la Tesorería Territorial de Las Palmas. Posteriormente, el interesado interpuso una reclamación económico-administrativa contra la resolución citada ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional, que se declaró incompetente por razón de la materia, remitiendo las actuaciones a la Consejería de Economía, Hacienda y Comercio del Gobierno de Canarias, que desestimó la reclamación económico-administrativa.

El particular interpuso un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, recurso que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó la conformidad a Derecho del acto administrativo por el que se desestimó la reclamación económico-administrativa formulada.

A este respecto, el Tribunal hizo referencia a la jurisprudencia en relación con la práctica de la notificación, declarando lo siguiente:

"Tiene declarado esta sala […] que la notificación, como acto de comunicación a los interesados de las resoluciones que afecten a sus derechos e intereses –artículo 79.1–, que el artículo 58.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, refiere con mejor técnica a las resoluciones y actos administrativos (en general), tiene como objeto poner en conocimiento de las personas a quienes pueda afectar el contenido de una decisión administrativa. Ésta es la finalidad primaria y esencial de las notificaciones, que los interesados se enteren de lo que ha resuelto la Administración, por eso las notificaciones defectuosas, esto es, las que no reúnen los requisitos que exige el artículo 79.2 surten efecto desde la fecha en que se hace manifestación expresa en tal sentido o se interpone el recurso procedente –artículo 79.3–, ya que en estos supuestos la Ley presume que el interesado tiene cabal conocimiento de la resolución dictada. Por tanto, lo decisivo en esta materia es que los interesados conozcan el contenido de las resoluciones administrativas que puedan afectar a su esfera jurídica […]. Por otra parte […] no puede admitirse que la notificación se convalide, aunque el sujeto pasivo se dé por notificado o interponga el recurso o pague la liquidación (conforme permite el artículo 125.1 de la Ley general tributaria), cuando precisamente lo que se hace es impugnar la notificación, pues en otro caso nunca se podrían combatir los defectos de una notificación sin convalidarla. Por último, ha de añadirse que los datos que se han de consignar en las notificaciones para que resulten completas y las formalidades con que han de se redactadas y practicadas, para ser eficaces, no pueden ser sustituidos por presunciones o suposiciones sobre el conocimiento de aquéllos por el administrado ni ser consideradas estas formas como elementos accesorios, porque al constituir verdaderas garantías tributarias son de observación ineludible, de manera que la omisión, aunque sea parcial, de unos y otras, una vez denunciada formalmente por el interesado, convierte a las notificaciones en carentes de eficacia, si no se rectifican, completan y practican de nuevo." (FJ 4)

En relación con el caso enjuiciado, el Tribunal constató que:

"los intentos de notificación son realizados en el lugar donde el reclamante desempeña su actividad empresarial, por dos veces consecutivas y en días alternos […] siendo devueltas por 'desconocido' tal como obra en el expediente."

Siendo ello así, el Tribunal entendió que la notificación había sido notificada correctamente, declarando lo siguiente:

"Queda patente pues, que la notificación se ha intentado conforme a lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 30/1992 […], el cual está íntimamente relacionado con lo preceptuado en los artículos 41 a 43 del Real decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, relativo a las disposiciones de notificaciones administrativas y judiciales. A pesar de que el artículo 43.c) señala que no procederá un segundo intento de entrega en el supuesto de que el destinatario de la notificación sea desconocido, se intentó; por segunda vez la notificación. A la vista de los hechos precedentes se deduce que los intentos de notificación se realizaron con escrupulosa observancia de los preceptos invocados, acudiendo en última instancia a la notificación mediante edictos en el ayuntamiento de su último domicilio y la publicación en el boletín oficial de la comunidad autónoma, lo que determina la validez de la liquidación impugnada." (FJ 6)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso contencioso-administrativo.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la práctica de las notificaciones, ver las siguientes sentencias: STS de 23 de abril de 1993 (Aranzadi 1993/3128), y STS de 7 de febrero de 1996 (Aranzadi 1996/996), entre otras.

Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. Solicitud de documentación por parte de concejales. Acceso libre a las copias de las resoluciones. Derecho de información de los miembros de corporaciones locales

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 3/2006
RESOLUCIÓN: 44/2006
FECHA: 30 de marzo de 2006
PONENTE: Ilmo. Sr. Rafael Alonso Dorronsoro
DEMANDANTE: Concejales
DEMANDADO: Ayuntamiento de Arona
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen Local (LRBRL), y artículos 14, 15 y 16 del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales
DOCTRINA: Solicitud de documentación por parte de concejales. Acceso libre a las copias de las resoluciones. Derecho de información de los miembros de corporaciones locales (FJ 3 y 4)

SUPUESTO DE HECHO

Un juzgado de lo contencioso-administrativo de Santa Cruz de Tenerife estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por varios concejales del Ayuntamiento de Arona contra una resolución del mismo, ordenando a dicha administración a facilitar al demandante copias de un decreto y varias resoluciones solicitadas por éste. El Ayuntamiento demandado interpuso un recurso de apelación contra la citada resolución, recurso que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó en primer lugar el alcance del derecho a acceso libre a las copias de las resoluciones y decretos. En relación con dicho derecho, el Tribunal hizo la siguiente aclaración:

"no debe entenderse como un derecho absoluto, sino que, respecto a la obtención de copias, deberá, conforme a lo manifestado por el Tribunal Supremo […] 'que el solicitante haya insistido en su petición de copia ofreciendo una explicación igualmente razonable', exigencia que es igualmente recogida en sentencias de los tribunales superiores de justicia, entre otros, sentencia del de Castilla-La Mancha […] cuando declarara que 'otra cosa es que se dieran razones concretas y específicas sobre la especial necesidad justificad de obtener las copias oportunas en razón del ejercicio concreto y particular de sus funciones de manera que el mismo no pueda llevarse a cabo satisfactoriamente sin las citadas copias y su denegación resulte arbitraria'." (FJ 3)

Dicho esto, el Tribunal señaló que:

"No siendo conocidas las razones, motivos y finalidad concreta de la solicitud deducida por los recurrentes, no cabe estimar el recurso al no haber quedado probada la arbitrariedad en que haya podido incurrir el Ayuntamiento demandado." (FJ 3)

Sin embargo, el pronunciamiento fue distinto con respecto al derecho a la información reconocido a los miembros de las corporaciones locales. Al respecto, el Tribunal señaló que:

"No hay duda de que el derecho de información que a los miembros de las corporaciones locales reconocen los artículos 77 de la LBRL y 14, 15 y 16 del ROFRJ/EECC es imprescindible para el desempeño de sus funciones y, por esta razón, debe ser considerado como una manifestación del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos proclamado en el artículo 23.1 de la CE." (FJ 4)

Dicho esto, en relación con el alcance del derecho, el Tribunal hizo las siguientes precisiones:

"Que esa información puede ser ofrecida y satisfecha de diferentes maneras, siendo la entrega de copias una de las posibles alternativas. Y que, ofrecida la directa y personal consulta de la documentación municipal, el requerimiento en términos razonables de que se justifique y concrete el objeto de la copia cuando esta sea reclamada no puede ser considerado como una indebida obstaculización de la información.

"Respecto de esto último, debe ser resaltado que tiene fácil cobertura tanto en los postulados constitucionales de proscripción de la arbitrariedad y de eficacia administrativa (artículos 9.3 y 103 de la CE), como en el genérico límite de la buena fe que para el ejercicio de los derechos establece el Código civil.

"Dicho de otro modo: una limitación razonable del derecho de copia tiene su justificación en el racional y eficaz funcionamiento de las administraciones públicas que aflora de los preceptos constitucionales que acaban de citarse, y una incondicionada o gratuita negativa a aquella limitación resulta poco compatible con las exigencias de la buena fe; de donde resulta analizado el problema tanto en su vertiente de legalidad ordinaria como, finalmente, en su vertiente de derecho fundamental." (FJ 4)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó el recurso interpuesto, desestimando la demanda inicial.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este número, en un supuesto similar, ver la siguiente sentencia: STS de 29 de marzo de 2006.

Sobre el derecho a acceso libre a las copias de las resoluciones y decretos, ver las siguientes sentencias: STS de 29 de abril del 2003 (Aranzadi 2003/4692); STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de mayo del 2000 (Aranzadi 2000/193212); STS de 8 de noviembre de 1988 (Aranzadi 1988/8655); STS de 7 de diciembre de 1988 (Aranzadi 1988/9335); STS de 27 de diciembre de 1994 (Aranzadi 1994/10656); STS de 7 de mayo de 1996 (Aranzadi 1996/3961); STC de 23 de noviembre de 1981 y 30 de junio de 1982 (Aranzadi 1982/29), y STS de 27 de junio de 1988 (Aranzadi 1988/4787).

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sustitución del alcalde en el Plenario por el teniente de alcalde por ausencia del mismo. Causas de ausencia del alcalde en el Plenario

SUPUESTO DE HECHO

Un juzgado de lo contencioso-administrativo de Barcelona estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra los acuerdos adoptados por un Pleno del Ayuntamiento de Caldes d'Estrac, al considerar que eran nulos de pleno derecho, ya que no se acreditaron las circunstancias que determinaron la sustitución del alcalde por el teniente de alcalde, sin haber efectuado expresa delegación de funciones.

Interpuesto un recurso de apelación contra dicha resolución por la corporación demandada, éste fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que declaró la conformidad a Derecho tanto del Pleno como de los acuerdos adoptados en su seno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Para resolver la cuestión debatida, el Tribunal recordó la normativa aplicable en relación con las competencias de los tenientes de alcalde, señalando lo siguiente:

"Respecto a los tenientes de alcalde, el artículo 23.3 y 23.4 [LBRL] dispone que 'Los tenientes de alcalde sustituyen, por el orden de su nombramiento y en los casos de vacante, ausencia o enfermedad, al alcalde, siendo libremente designados y removidos por éste de entre los miembros de la Junta de Gobierno Local y, donde ésta no exista, de entre los concejales. El alcalde puede delegar el ejercicio de determinadas atribuciones en los miembros de la Junta de Gobierno Local y, donde ésta no exista, en los tenientes de alcalde, sin perjuicio de las delegaciones especiales que, para cometidos específicos, pueda realizar en favor de cualesquiera concejales, aunque no pertenecieran a aquélla'.

"Los artículos 52, 53, 55, 56 y 98 c) del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril recogen una regulación similar, disponiendo éste último que *'L'alcalde o alcaldessa designa i revoca lliurement els tinents d'alcalde d'entre els membres de la comissió de govern i quan no n'hi ha, d'entre els regidors. Els tinents d'alcalde substitueixen l'alcalde o alcaldessa, per ordre de nomenament, en els casos de vacant, d'absència o de malaltia'."* (FJ 3)

Según el Tribunal, de lo anterior se desprendía que:

"el alcalde no puede delegar su competencia de presidir los plenos del Ayuntamiento en el teniente de alcalde, pero sin embargo sí está permitida su sustitución en caso de 'vacante, ausencia o enfermedad', ya que las normas deben ser interpretadas de forma que no desemboque la interpretación en situaciones absurdas, principio jurídico básico que debe presidir toda interpretación, y entenderlo de otra forma, llevaría a entender que en los supuestos de ausencia del alcalde, no se podrían convocar ni presidir plenos.

"En ese sentido debe interpretarse el artículo 21 del Texto refundido de régimen local, de 18 de abril de 1986 (TRRL), al disponer que cuando el alcalde se ausente del término municipal por más de veinticuatro horas sin haber conferido la delegación, o cuando por una causa imprevista le hubiere resultado imposible otorgarla, le sustituirá el teniente de alcalde, a quien corresponda, debiendo dar cuenta de ello al resto de la corporación." (FJ 3)

Dicho esto, y entrando en el caso enjuiciado, el Tribunal entendió que:

"En el presente asunto, ha quedado probado que el Pleno se constituyó en el lugar y a la hora prevista, estando presentes la totalidad de los tenientes de alcalde y concejales, asumiendo la presidencia el primer teniente de alcalde, al estar ausente el alcalde, tal como obra en el acta de la sesión, sustituyéndole en caso de ausencia prevista en el artículo 23.3 de la LBRL y 98.c) del Texto refundido de la Ley catalana." (FJ 4)

En este sentido, el Tribunal añadió que:

"El supuesto de hecho de la legalidad de la sustitución del alcalde por el teniente de alcalde es la ausencia, (sea o no justificada), la cual ha quedado probada que se produjo, ya que el artículo 21 del TRRL y 47.2 del ROF al hablar de 'circunstancias imprevistas' deben entenderse aplicables a los casos que la asunción de competencias del alcalde por otro órgano requieren un acto de delegación y no se ha conferido o podido otorgar, pero no a los casos en los en que esa delegación no es requerida en cuanto no está permitida, como en la competencia de presidir el Pleno." (FJ 4)

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia de instancia, y declarando la válida constitución del Pleno y de los acuerdos adoptados en el mismo.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 163/2005
RESOLUCIÓN: 62/2006
FECHA: 16 de enero de 2006
PONENTE: Ilma. Sra. Alicia Esther Ortuño Rodríguez
DEMANDANTE: Concejales
DEMANDADO: Ayuntamiento de Caldes d'Estrac
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 21, 22, 23.3 y 23.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL); artículo 47.2 del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, y artículos 52, 53, 55, 56 y 98.c) del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, Texto refundido de la Ley municipal de Cataluña
DOCTRINA: Sustitución del alcalde en el Plenario por el teniente de alcalde por ausencia del mismo. Causas de ausencia del alcalde en el Plenario (FJ 3 y 4)

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. Utilización de datos del Padrón Municipal de Habitantes por el alcalde para la remisión de una felicitación de Navidad. Protección de datos de carácter personal

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Octava. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 762/2005
RESOLUCIÓN: 42/2006
FECHA: 11 de enero de 2006
PONENTE: Ilmo. Sr. Jesús María Huerta Garicano
DEMANDANTE: Concejales
DEMANDADO: Ayuntamiento de Las Rozas
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 41.2 de la Ley orgánica 5/1985, de régimen electoral general, y artículo 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LRBRL)
DOCTRINA: Utilización de datos del Padrón Municipal de Habitantes por el alcalde para la remisión de una felicitación de Navidad. Protección de datos de carácter personal (FJ 2 y 3)

SUPUESTO DE HECHO

El alcalde del municipio de Las Rozas usó el fichero del Padrón Municipal de Habitantes para enviar en su condición de tal a los vecinos de la localidad una felicitación de Navidad, por lo que fue declarado responsable de una infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de la Ley orgánica 15/1999 ("Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave") por la Agencia de Protección de Datos de Madrid. El alcalde interpuso un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, recurso que fue desestimado por el juzgado de lo contencioso-administrativo correspondiente. Interpuesto un recurso de apelación, éste fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con la cuestión debatida, el Tribunal reiteró lo declarado anteriormente en un supuesto similar, en el que había declarado lo siguiente:

"Es cierto que el artículo 41.2 de la Ley orgánica 5/1985, de régimen electoral general, establece expresamente: 'Queda prohibida cualquier información particularizada sobre los datos personales contenidos en el censo electoral, a excepción de los que se soliciten por conducto judicial', pero no es menos cierto que el censo utilizado estaba a disposición de los concejales a quienes, en su condición de tales, les había sido entregado para las elecciones de 1996. Además, y esto es importante, los datos del censo utilizados por la actora […] constan –o tendrían que constar– en el Padrón municipal, registro administrativo donde figuran los vecinos de un municipio y que contiene, como obligatorios y, entre otros, el nombre, apellidos y domicilio (artículo 16 de la Ley de bases de régimen local).

"Uno y otro están a disposición de los concejales como instrumentos de comunicación con el electorado, en el caso del censo, y con los vecinos (electores en su momento), a quienes representan los concejales, en el caso del Padrón y no puede olvidarse que las direcciones de los vecinos […] obrantes en el censo fueron utilizadas por el Grupo Municipal Popular para ofrecerles un servicio como de concejales del Ayuntamiento y representantes de los vecinos […] en la corporación, en definitiva, como instrumento de comunicación." (FJ 2)

Por tanto:

"aunque formalmente se hayan utilizado los datos del censo para finalidades distintas de las que tiene asignadas, no puede olvidarse que los datos extraídos son los mismos a los que, legal y legítimamente, tienen acceso en su condición de concejales para la imprescindible comunicación con sus representados y que constan –o tenían que constar–, […] en el Padrón municipal." (FJ 2)

Lo indicado llevó al Tribunal a la siguiente conclusión:

"el hecho de que el alcalde –a cuya disposición se encuentra en Fichero Padrón Municipal– utilice sus datos para la felicitación navideña de sus vecinos no implica vulneración alguna del derecho a la privacidad de éstos, ni a su honor para cuya protección, precisamente 'La Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, establece un conjunto de medidas para garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar', tal como reza su preámbulo, siendo, en definitiva, una forma –que podrá gustar, o no– de relación institucional con los vecinos y de comunicación con los mismos, finalidad insita en la función municipal, estando el Padrón a disposición del alcalde como instrumento de relación de los tan citados vecinos." (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso de apelación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre una cuestión similar, ver la siguiente sentencia: STSJ de Madrid de 13 de junio de 2001 (Aranzadi 2001/324801).

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Cesión de un local de un particular al Ayuntamiento para la construcción de un centro sanitario. Donación a la Administración sometida a la condición resolutoria de no hacer. Reversión

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 418/2003
RESOLUCIÓN: 210/2006
FECHA: 28 de febrero de 2006
PONENTE: Ilma. Sra. Alicia Esther Ortuño Rodríguez
DEMANDANTE: Concejales
DEMANDADO: Ayuntamiento de Sant Pere de Ribes
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 359, 609, 633, 647, 1114, 1115, 1118 y 1123 del Código civil
DOCTRINA: Cesión de un local de un particular al Ayuntamiento para la construcción de un centro sanitario. Donación a la Administración sometida a la condición resolutoria de no hacer. Reversión (FJ 3, 4, 5 y 7)

SUPUESTO DE HECHO

Un particular suscribió un contrato de cesión con el Ayuntamiento de Sant Pere de Ribes de un local, condicionándose dicha cesión a que el Ayuntamiento destinara el local a la construcción de un centro de asistencia sanitaria, sin que se pudiera destinar a otros usos. En el momento en que el centro sanitario construido fue sustituido por uno nuevo, los propietarios del local instaron la extinción del contrato y la reversión de los bienes al propietario. El Ayuntamiento desestimó dicha petición. El propietario interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por efectos del silencio del recurso de reposición formulado contra el mencionado acuerdo, recurso que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con el contrato analizado, el Tribunal aclaró que pese a la terminología usada por las partes se trataba de una donación y, refiriéndose a la naturaleza y alcance de dicho contrato, el Tribunal declaró que para resolver acerca de la condición resolutoria de no hacer fijada por el mismo había que estar a lo establecido por las normas supletorias del Código civil, por cuanto:

"al disponer la disposición adicional segunda del Reglamento de contratación de las corporaciones locales, aprobado por el Decreto de 9 de enero de 1953, que 'para lo no dispuesto en este Reglamento, regirán las disposiciones aplicables a la Administración General del Estado y, en su defecto, los preceptos pertinentes del Derecho privado'; y ello, ante la falta de norma específica en derecho administrativo que regule el régimen jurídico en general de las donaciones ni tampoco de las obligaciones con condición resolutoria." (FJ 3)

Aclarado lo anterior, y con respecto a las condiciones (suspensivas o resolutorias) dentro del ámbito civil, señaló que:

"son determinaciones accesorias a la voluntad de los contratantes, de las cuales depende la eficacia e incluso la existencia de las obligaciones. Se trata de hechos, acontecimientos o sucesos. El artículo 1114 del CC dispone que 'En las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición'. El artículo 1115 del citado cuerpo legal establece que 'Cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código'." (FJ 4)

Por su parte, el Tribunal indicó que:

"El artículo 1118 del CC establece que 'si no hubiere tiempo fijado, la condición deberá reputarse cumplida en el que verosímilmente se hubiere querido señalar atendida la naturaleza de la obligación'." (FJ 5)

Asimismo, el Tribunal también tuvo en cuenta que:

"el artículo 12 del Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por el Decreto de 27 de mayo de 1955, entonces aplicable, que establecía: 'si los bienes se hubieren adquirido bajo condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubieran servido al mismo y dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público'." (FJ 5)

Siguiendo con la normativa aplicable, el Tribunal se refirió a la regulación de la denominada "donación modal", señalando que:

"El artículo 647 del Código civil regula la llamada 'donación modal', aplicable al presente supuesto, determinando que 'La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso. En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiere impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley hipotecaria'." (FJ 7)

Finalmente, el Tribunal advirtió que:

"Habiéndose acreditado el cumplimiento de la condición resolutoria, el Ayuntamiento debe restituir a los actores el local donado, de acuerdo con el artículo 1123 del CC, 'Cuando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquéllas, deberán restituirse lo que hubieren percibido'." (FJ 7)

Dicho lo anterior, y entrando en las circunstancias del caso, el Tribunal destacó lo siguiente:

"Del propio contrato privado [...] se desprende que la entrega al Ayuntamiento se efectuaría una vez concluida la nueva construcción, presumiéndose efectuadas las obras por los hasta entonces propietarios y a su costa, en aplicación de los artículos 359, 609 y 633 del CC, máxime cuando por el pacto sexto del contrato se convino que la declaración de obra nueva y de escritura de división en régimen de propiedad horizontal corresponde a los cedentes. Por tanto, no se considera producido un enriquecimiento injusto de los actores a partir de la restitución.

"Tampoco se ha acreditado por la demandada la imposibilidad de llevar a efecto la devolución, ya que si bien parece sostener en su contestación que no está en su poder decidir el destino del inmueble ya que las competencias sobre gestión sanitaria corresponden a la Generalitat, sin embargo ha quedado constatado que el Ayuntamiento ha destinado el local a otros servicios municipales, como es una escuela de adultos." (FJ 7)

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre la donación a la Administración sometida a condición resolutoria de no hacer, ver las siguientes sentencias: STS de 21 de febrero de 2006, y STS de 14 de febrero de 2006.

Sobre la donación a la Administración sometida a condición resolutoria de no hacer, ver la siguiente sentencia: STS de 20 de junio de 1990 (Aranzadi 1990/4797).

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Indemnización de daños y perjuicios por limitaciones de aprovechamiento urbanístico establecidas por el Plan especial protección del patrimonio arquitectónico, ambiental e histórico. Limitaciones del aprovechamiento urbanístico resultantes del planeamiento general. Responsabilidad de la Administración pública por funcionamiento normal de los servicios públicos

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 549/2002
RESOLUCIÓN: 225/2006
FECHA: 22 de febrero de 2006
PONENTE: Ilma. Sra. María Abelleira Rodríguez
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Ayuntamiento de Premià de Mar
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 129.2 del Decreto 1/1990; artículos 41.1 y 43 de la Ley 6/1998, 13 de abril, y artículo 87.2 de la Ley del suelo de 1976
DOCTRINA: Indemnización de daños y perjuicios por limitaciones de aprovechamiento urbanístico establecidas por el Plan especial protección del patrimonio arquitectónico, ambiental e histórico. Limitaciones del aprovechamiento urbanístico resultantes del planeamiento general. Responsabilidad de la Administración pública por funcionamiento normal de los servicios públicos (FJ 4)

SUPUESTO DE HECHO

Un propietario interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios formulada ante el mismo como consecuencia de las limitaciones de aprovechamiento urbanístico establecido para una masía resultante del planeamiento general y el Plan especial de protección del patrimonio arquitectónico, ambiental e histórico de Premià de Mar. El actor solicitaba que se declarara y se reconociera su derecho a la indemnización a satisfacer por el Ayuntamiento.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó si concurría un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento "normal" de los servicios públicos por disminución del aprovechamiento de la finca del recurrente y la imposición de vinculaciones o limitaciones singulares no susceptibles de equidistribución entre la propiedad del entorno, con motivo de la aprobación del Plan especial de protección del patrimonio arquitectónico, ambiental e histórico. Al respecto, el recurrente invocaba los artículos 129.2 y 3 del Decreto 1/1990 y 41.1 de la Ley 6/1998, en cuanto que la alteración del planeamiento le había producido una vinculación o limitación singular del aprovechamiento que poseía con ocasión del Plan de ensanche de 1996. El Tribunal consideró que el recurso debía prosperar por varios motivos. En primer lugar, por:

"los preceptos que justifican o fundamentan la pretensión indemnizatoria es el artículo 41.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril: la modificación o revisión del planeamiento sólo podrá dar lugar a indemnización por reducción de aprovechamiento si se produce antes de transcurrir los plazos previstos para su ejecución en el ámbito en el que a dichos efectos se encuentre incluido el terreno o transcurridos aquéllos, si la ejecución no se hubiera llevado a efecto por causas imputables a la Administración. Este precepto es similar al contenido en el artículo 87.2. de la Ley del suelo de 1976. Por su parte, el artículo 43.1 y 2 de la Ley 6/1998 tratan el tema de las vinculaciones y limitaciones singulares concretas que se recogía en el artículo 87.3 de la Ley del suelo de 1976: '3. Las ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados conferirán derecho a indemnización'. (FJ 4)

En segundo lugar, el Tribunal destacó los siguientes hechos:

"Ha quedado acreditado [...] que la finca [...] con ocasión del Plan del Ensanche de 1966, calificada con anterioridad a este como suelo rustico, no materializó el aprovechamiento urbanístico conforme le permitía ese planeamiento. Sin que conste por otra parte que la Administración requiriera o compeliera por cualquier medio al cumplimiento de las cargas de la urbanización, que se fue produciendo en el entorno de la finca. Posteriormente, en vigencia del Plan de 1966 presentó la propiedad solicitud de licencia de edificación de la manzana de la finca Masia Ribes de acuerdo con los parámetros y prescripciones de dicho Plan, 1981, que fueron denegadas por el Ayuntamiento por Decreto de suspensión de licencias acordado en el Pleno de fecha 29 de diciembre de 1981 a la vista de la futura aprobación de las NNSS de 25 de enero de 1984.

"Cuando las NNSS de 25 de enero de 1984 se aprueban se produce una autentica modificación al quedar la edificación incluida en el patrimonio histórico objeto de inmediata protección (clave 17), a expensas del posterior plan especial y ya solo se podrán realizar obras de conservación y consolidación. En cuanto al resto del suelo no ocupado por la edificación quedará como verde privado (clave 8) donde ya no es posible ningún tipo de edificación ni siquiera subterránea y con un deber de conservación de la vegetación existente y su reposición." (FJ 4)

Asimismo, el Tribunal recordó que:

"El actor entendiendo que tal normativa urbanística le imponía una clara vinculación singular en su propiedad que disminuía considerablemente su aprovechamiento, presenta el 20 de junio de 1985 solicitud de indemnización al amparo del artículo 87.2 y 3 de la Ley del suelo de 1976, desestimada por acuerdo de 29 de

octubre de 1985. Acudida a la via judicial se dicta sentencia por la sala primera de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona en el recurso 158/1986, de 25 de marzo de 1987, que desestima el recurso pero reconoce con claridad la procedencia de que el actor sea indemnizado por la imposición de una vinculación singular en su aprovechamiento como consecuencia de la regulación urbanística, si bien es preciso que se concrete la afección a través de un plan especial y catálogo. Tal sentencia es confirmada por la del Tribunal Supremo de fecha 3 de octubre de 1988 que entiende que existe tal vinculación singular y la imposibilidad de su distribución equitativa entre los interesados […] estamos aquí ante un precedente judicial que no puede obviarse por cuanto si bien las NNSS de 1984 fueron anuladas, las mismas fueron sustituidas por la aprobación definitiva de un PGOM de 18 de julio de 1990 que mantuvo prácticamente las mismas determinaciones con respecto a la finca." (FJ 4)

A continuación, el Tribunal observó que:

"Si se ha determinado por los tribunales que se había producido una vinculación singular restrictiva del aprovechamiento urbanístico de la finca de autos con relación a las NNSS. de 1984, también se ha de mantener tal consideración con respecto PGOM de Premià de Mar de 1990, por cuanto las determinaciones con respecto a la finca son prácticamente idénticas, con la única variación de la posibilidad de ampliación del diez por ciento del techo de la edificabilidad." (FJ 4)

Por su parte, el Tribunal entendió que:

"No puede esgrimir la demandada que como no se había materializado el aprovechamiento con ocasión del Plan de 1966, no se había restringido ningún aprovechamiento, porque tenía el que tenía antes y ahora, sin que pueda indemnizarse expectativas." (FJ 4)

Finalmente, el Tribunal entendió que tampoco podía estimarse la alegación de la demandada en el sentido de que no se producía lesión efectiva, en cuanto antes el Plan especial tenía una parcela con determinadas dimensiones, un edificio en ellas construido, y, por tanto:

"tiene lo que tenia, sin que ello genere derecho a indemnización alguna."

Sobre esta cuestión, el Tribunal declaró lo siguiente:

"Tal consideración […] no puede prosperar, por cuanto la vinculación existe no solamente para el presente sino para el futuro de la finca y de sus múltiples posibilidades a ejercer dentro del derecho de propiedad, si configurado urbanísticamente a través del planeamiento, pero no cercenado por el propio Ayuntamiento a la consecución de un interés sin que la propiedad reciba nada en compensación. En ningún caso puede entenderse que exista enriquecimiento injusto para la propiedad sino legitima compensación por las vinculaciones singulares de su finca de las que se beneficia el interés municipal. Existe lesión y es efectiva al no poder patrimonializar un aprovechamiento."

En virtud de lo expuesto, el Tribunal entendió que debía anularse la actuación desestimatoria recurrida y declarar la existencia de responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal de los servicios públicos al concurrir los requisitos establecidos por la jurisprudencia y la previsión normativa establecidas en los artículo 129.2 del Decreto 1/1990 y artículos 41.1 y 43 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, y reconocer a la actora el derecho a indemnización por las limitaciones normativas.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En similares términos: STS de 18 de diciembre de 1996.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Indemnización por los perjuicios ocasionados por la contaminación acústica procedente de un establecimiento público. Responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Castelldefels desestimó una petición de indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial por un importe 21.777,58 euros, por los perjuicios físicos y materiales ocasionados por contaminación acústica, como consecuencia de los ruidos procedentes de un bar-restaurante-discoteca, que funcionaba sin licencia municipal, a pesar de las continuas denuncias de los vecinos. Como consecuencia de los ruidos procedentes del establecimiento mencionado, la parte demandante se vio obligada a instalar doble ventana y aire acondicionado. Todo ello le provocó un estado de ansiedad, depresión y cansancio al no poder dormir por las noches ni tampoco descansar en su hogar. Según certificación médica, padecía de neurosis postraumática por microtraumatismos psicosonoros nocturnos crónicos y repetitivos que dan lugar a situaciones de estrés y depresión; trastorno del sueño, con somnolencia diurna y déficit cognitivo que provoca disminución en el rendimiento laboral y malestar subjetivo.

Ante ello, el particular afectado interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal hizo un análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, señalando que:

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1292/2003
RESOLUCIÓN: 43/2006
FECHA: 20 de enero de 2006
PONENTE: Ilmo. Sr. Eduardo Barrachina Juan
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Ayuntamiento de Castelldefels
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 106.2 de la CE; artículo 40 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 1957; artículos 121 y 122 de la Ley de expropiación forzosa, y artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC)
DOCTRINA: Indemnización por los perjuicios ocasionados por la contaminación acústica procedente de un establecimiento público. Responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (FJ 2)

"a) El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente.

"b) En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo.

"c) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas.

"d) Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado." (FJ 2)

Dicho lo anterior, el Tribunal recordó que, de acuerdo con lo declarado por el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones:

"la responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada por los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 1957 y 121 y 122 de la Ley de expropiación forzosa, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado." (FJ 2)

En este sentido, el Tribunal advirtió lo siguiente:

"Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos.

"Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social." (FJ 2)

Por tanto, según el Tribunal:

"No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable." (FJ 2)

Finalmente, el Tribunal declaró lo siguiente:

"La jurisprudencia del Tribunal Supremo exige, que para apreciar la responsabilidad objetiva, no se requiere otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño, prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud de la actuación de la Administración autora del daño, siempre que la actuación lícita o ilícita de la Administración se produzca dentro de sus funciones propias; y esta formulación no sólo no desnaturaliza la doctrina de la responsabilidad objetiva de la Administración pública, sino que la fortalece y aclara; pero para poderla aplicar, es necesario que la conducta de la Administración sea la causa del daño.

"La responsabilidad patrimonial de la Administración prevista en el citado artículo 40 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado y en la actualidad por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, es objetiva o por el resultado […] de manera que, aunque en este caso el funcionamiento del servicio público fuese correcto, no hay razón para exonerar a la Administración recurrente de responsabilidad." (FJ 2)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

"Queda acreditado la relación de causalidad entre el daño producido, justificado debidamente en este proceso y la falta de diligencia administrativa para adoptar las medidas legales oportunas que impidieran la continuación en el tiempo de una situación ilegal del mencionado establecimiento, que con su actividad de ruido excesivo producía no sólo molestias sino perjuicios físicos a los vecinos. Se ha acreditado que el Ayuntamiento hizo caso omiso a todas las denuncias y quejas presentadas por los vecinos, pues las multas coercitivas que impuso no tuvieron efecto alguno. Permitió la actividad de un establecimiento de hostelería sin licencia alguna, con aforo que superaba el legalmente permitido y cuando concedió la licencia municipal ésta fue anulada por las irregularidades habidas en la misma, lo cual denuncia bien a las claras, que ello ya constituye, *per se*, una actividad administrativa anómala."

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso contencioso-administrativo, declarando la nulidad de la resolución administrativa objeto de impugnación y condenando al Ayuntamiento al pago de la cantidad de 20.372,10 euros, más intereses legales devengados.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, ver las siguientes sentencias: STS de 14 de mayo de 1994 (Aranzadi 1994/4190); STS de 4 de junio de 1994 (Aranzadi 1994/4783); STS de 2 de julio de 1994 (Aranzadi 1994/6673); STS de 27 de septiembre de 1994; STS de 7 de noviembre de 1994; STS de 19 de noviembre de 1994; STS de 11 de febrero de 1995 (Aranzadi 1995/1229); STS de 25 de febrero de 1995 (Aranzadi 1995/2096); STS de 28 de febrero (Aranzadi 1995/1495); STS de 1 de abril de 1995 (Aranzadi 1995/3226); STS de 25 de enero de 1997 (Aranzadi 1997/266); STS de 20 de febrero de 1989 (Aranzadi 1989/2526); STS de 5 de febrero de 1991 (Aranzadi 1991/720); STS de 20 de abril de 1991 (Aranzadi 1991/3073); STS de 10 de mayo de 1993; STS de 18 de octubre de 1993; STS de 27 de noviembre de 1993; STS de 4 de diciembre de 1993 (Aranzadi 1993/10051); STS de 14 de mayo (Aranzadi 1994/4190); STS de 25 de febrero (Aranzadi 1995/2026), y STS de 5 de febrero de 1996 (Aranzadi 1996/987).

E) Jurisdicción civil

Tribunal Supremo. Demanda contra un funcionario público por perjuicios causados por éste en ejercicio de su cargo, con expresa exclusión de la Administración. Imposibilidad de demandar a un funcionario público

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sección Primera. Jurisdicción civil. Recurso de casación núm. 2288/1999
RESOLUCIÓN: 93/2006
FECHA: 17 de febrero de 2005
PONENTE: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
DEMANDADO: Funcionario público
NORMATIVA APLICABLE: Artículos 144, 145 y 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común; artículo 121 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa, y artículo 1687.4 de la Ley de enjuiciamiento civil
DOCTRINA: Demanda contra un funcionario público por perjuicios causados por éste en ejercicio de su cargo, con expresa exclusión de la Administración. Imposibilidad de demandar a un funcionario público (FJ 10)

SUPUESTO DE HECHO

Un particular formuló una demanda contra un funcionario público por los daños y perjuicios de orden moral causados por éste en el ejercicio de su cargo, con motivo de una actuación inspectora de carácter fiscal, excluyendo expresamente a la Administración, a la que no se exigía ni se pretendía responsabilidad alguna, sometiendo a los tribunales de la jurisdicción civil el conocimiento del fallo, al amparo de la Ley de 5 de abril de 1904, sobre responsabilidad civil de funcionarios públicos.

Un juzgado de primera instancia de Barcelona dictó un auto declarando no haber lugar a admitir la demanda por falta de jurisdicción, por corresponder a los tribunales del orden contencioso-administrativo. Dicha resolución fue confirmada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que desestimó el recurso de apelación interpuesto.

Ante ello, el demandante interpuso un recurso de casación. El recurrente alegaba la infracción por indebida aplicación de la Ley de 5 de abril de 1904, y en especial de su artículo 3, en relación con el artículo 146.1 de la Ley 30/1992 (en su redacción anterior a la Ley 4/1999), al amparo del artículo 1.692.1 de la Ley de enjuiciamiento civil.

El Tribunal Supremo inadmitió el recurso, con imposición de costas al recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con la cuestión planteada, el Tribunal analizó la normativa de aplicación al caso, advirtiendo que:

"a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1992 (y no sólo a partir de la modificación operada por la Ley 4/1999) la opción por la vía civil en los casos de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas resultó eliminada de manera inconcusa."

A la vista de los siguientes argumentos:

"A) El mandato de dirigir la acción contra la Administración pública en los casos de responsabilidad civil del funcionario (artículo 145 Ley 30/1992) no deja lugar a dudas en su tenor literal y en su ubicación sistemática (regulación del derecho de regreso) acerca de la imposibilidad de reclamar directamente contra aquél, pues en otro caso dicho mandato resultaría inexplicable y sin especificidad alguna en relación con el principio general de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y redundante respecto de los preceptos que proclaman, incluso cuando la Administración actúa en relaciones de Derecho privado, que los daños causados por su personal se consideran actos propios de la Administración (artículo 144 de la Ley 30/1992).

"B) La Ley 30/1992 deroga el artículo 43 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado y no incluye precepto alguno que de manera directa y expresa reconozca, como aquél, la posibilidad de demandar directamente al funcionario.

"C) El reconocimiento normativo de una responsabilidad solidaria de la Administración y del funcionario, exigible frente a éste por la vía de la Ley de 5 de abril de 1904, queda suprimido cuando, en ejecución de la Ley 30/1992, se aprueba el Reglamento de procedimientos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial [...] y simultáneamente se deroga, entre otros, el artículo 135.3 de Reglamento de expropiación forzosa, único precepto en que pervivía aquel reconocimiento, eliminando la implícita opción del perjudicado por la vía civil y dejando únicamente vigente la vía de regreso de la Administración (disposición derogatoria del Real decreto 429/1993 y artículos 19 y ss. del citado Reglamento).

"D) La interpretación favorable a entender subsistente, con arreglo a la Ley 30/1992, la acción civil directa contra el funcionario significaría, dada la ausencia (por derogación expresa) de las normas de carácter especial que regían el alcance de esta responsabilidad, remontarse al régimen general de la culpa civil contenido en los artículos 1902 y ss. del Código civil o al régimen sustantivo de esta responsabilidad contenido en la Ley de 5 de abril de 1904, con la reviviscencia difícilmente explicable, en términos de interpretación evolutiva de las leyes, de principios incompatibles con los que fue desenvolviendo la legislación posterior, tendente a restringir la responsabilidad del funcionario a los casos de dolo o culpa grave y a prescindir del principio *respondeat superior*.

"E) La referencia que se mantenía en la redacción originaria del artículo 142 de la Ley 30/1992 a la responsabilidad civil de los funcionarios, exigible por las normas correspondientes, no comportaba el mantenimiento del derecho de opción por la vía civil contra el funcionario. La interpretación contraria, mantenida, ciertamente, por un sector de la doctrina, no puede aceptarse, ante la contundencia y la especificidad del mandato establecido en el artículo 145 de la Ley 30/1992, que no deja duda alguna sobre la voluntas legis [voluntad de la Ley], en unión de los demás argumentos de tipo sistemático que se han expuesto. La posible existencia de una responsabilidad civil del funcionario exigible ante la jurisdicción civil sólo podía referirse a los actos dañosos puramente personales del mismo en cuanto realizados con desconexión total del servicio, los cuales, ajenos propiamente al régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, siempre han dado lugar –y siguen

dándolo en la actualidad, como no podía menos de ser– a posible responsabilidad civil ante los tribunales de este orden jurisdiccional, según aceptó desde el primer momento un viejo dictamen del Consejo de Estado (11 de abril de 1962), ya a la vista del nuevo sistema introducido por la Ley de expropiación forzosa.

"F) El argumento de que la Ley 4/1999 derogó la Ley de 5 de abril de 1904 y el decreto que la desarrolla, y eliminó la referencia a la responsabilidad civil de los funcionarios contenida en el artículo 142 de la Ley 30/1992 –cosa que vendría a demostrar el reconocimiento por el legislador de la relevancia de aquellas disposiciones, en tanto no fueron derogadas, para sustentar el derecho de opción del perjudicado–, no es suficiente para mantener la interpretación que propugna la parte recurrente, toda vez que la propia Ley 4/1999 se cuida de expresar en su exposición de motivos que mediante tal derogación se pretende únicamente 'clarificar' el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración 'instaurado por la Ley 30/1992', saliendo al paso de las interpretaciones que, en contra del tenor literal de la misma, habían mantenido la subsistencia de la acción civil directa contra los funcionarios (desaparece del artículo 146 toda mención a su responsabilidad civil por los daños producidos en el desempeño del servicio, clarificando el régimen instaurado por la Ley 30/1992 de exigencia directa de responsabilidad a la Administración, y, en concordancia con ello, en la disposición derogatoria se derogan la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real decreto de 23 de septiembre de 1904, relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos." (FJ 10)

En consecuencia, el Tribunal inadmitió el recurso, con imposición de costas al recurrente.

Tribunal Supremo. Demanda de nulidad de una escritura formulada por el presidente de una comunidad de propietarios. Legitimación activa. Congruencia de las sentencias

SUPUESTO DE HECHO

Una entidad propietaria de un terreno construyó un conjunto urbanístico integrado por tres bloques con locales comerciales en el primer piso y destinando el resto de la superficie no ocupada por las edificaciones a viales, zonas verdes, de recreo y juego, piscina, cancha de tenis y aparcamientos. En los contratos privados de venta suscritos con los compradores, se hacía constar expresamente que "el propietario de dicha vivienda, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de propiedad horizontal, tendrá el dominio singular y exclusivo de la vivienda, más una cuota indivisa en régimen de copropiedad con los demás dueños sobre los elementos, pertenencias y servicios del inmueble, y sobre la superficie del solar que estrictamente ocupa éste", y la reserva del promotor de la facultad de constituir la correspondiente comunidad de propietarios, tras efectuar las modificaciones precisas en los elementos comunes, con la alteración, en su caso, de las cuotas de participación. Posteriormente, el promotor otorgó escritura pública de subsanación, complementaria de la de obra nueva y segregación de trescientos metros cuadrados, que dejaron de ser elemento común, con la reserva del derecho a construir hasta treinta plazas de aparcamiento. El presidente de una comunidad de propietarios formuló demanda contra la entidad vendedora, e interesó la nulidad radical y parcial de la escritura de subsanación, complementaria de la de obra nueva y segregación en lo que se refería a la reserva del derecho de la demandada a construir un máximo de treinta plazas de aparcamiento en zona de elementos comunes del conjunto residencial, así como en lo que se refería a la segregación de la finca matriz, que pertenecía *pro indiviso* a los propietarios que integraban sus tres comunidades, de una parcela con extensión de trescientos metros cuadrados; y la nulidad y correspondiente cancelación de la inscripción operada por la mentada segregación en el Registro de la Propiedad.

El juzgado correspondiente desestimó la demanda por falta de legitimación activa. Formulado un recurso de apelación contra dicha resolución, éste fue estimado por la Audiencia Provincial de Málaga.

La empresa demandada interpuso un recurso de casación contra dicha resolución. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, con imposición de costas al recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Como primer motivo de casación, el recurrente invocaba la infracción del artículo 533.2 de la LEC, por cuanto, según se indicaba, la sentencia impugnada había rechazado la excepción de falta de legitimación de la actora. Dicho motivo fue desestimado por el Tribunal, quien indicó lo siguiente:

"Como la comunidad carece de personalidad jurídica como tal, su representación legal la ostenta el presidente, según le viene reconocida por la propia Ley de propiedad horizontal.

"En lo que concierne a este proceso, si bien las normas del conjunto urbanístico conceden la administración y gestión de los elementos comunes a una junta rectora integrada por el presidente de las juntas de propietarios de los tres bloques, la cual a su vez designará un presidente que representará al conjunto en juicio y fuera de él en los asuntos que les afecte, está acreditado que los tres partícipes de la misma, presidentes de cada uno de los bloques –según demuestran las certificaciones del secretario-administrador, aportadas con la demanda, ratificadas ante el juzgado en vía testifical y no desvirtuadas de contrario–, en uso de la facultad que les confiere el artículo 12 de la Ley de propiedad horizontal, otorgaron poder general para pleitos a tal fin, de modo que con su actuación de consuno, participaron de la legitimación que a la Junta Rectora han atribuido los estatutos; y, asimismo, las certificaciones expresadas han demostrado la realidad del acuerdo comunitario para proceder contra la demandada en los términos que se detallan en el suplico del escrito inicial." (FJ 2)

En segundo lugar, el recurrente alegaba la vulneración de los artículos 13.5 y 16.1 y 2 de la Ley de propiedad horizontal, de 21 de julio de 1960, puesto que la sentencia de instancia no había valorado que la legitimación de los presidentes de las tres

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sección Primera. Jurisdicción civil. Recurso de casación núm. 1006/97
RESOLUCIÓN: 98/2006
FECHA: 16 de febrero de 2005
PONENTE: Excmo. Sr. Román García Varela
NORMATIVA APLICABLE: Artículos 12 y 16.2 de la Ley de propiedad horizontal
DOCTRINA: Demanda de nulidad de una escritura formulada por el presidente de una comunidad de propietarios. Legitimación activa. Congruencia de las sentencias (FJ 2, 3 y 4)

comunidades para accionar presuponía que ostentaban legitimación *ad causam*, derivada de los acuerdos precedentes de las juntas de propietarios, los cuales debían reflejarse en los correspondientes libros de actas, y sólo aparecían unas escuetas certificaciones donde se indicaba que lo reflejado en el libro de actas de cada comunidad era el nombramiento de presidente, pero no el acuerdo de ejercitar la acción. Sobre este punto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"con referencia al acuerdo comunitario para proceder judicialmente, la sentencia recurrida ha considerado que 'lejos de exigirse unanimidad al respecto, basta la mayoría a que alude el artículo 16.2 de la vigente LPH, ya que si bien el resultado de la acción planteada repercutirá en el coeficiente de participación de cada piso y local, no va destinada *per se* a la modificación del título constitutivo, sino a la preservación del que existía al tiempo de practicarse la división horizontal, y que fue el tenido en cuenta por cada uno de los adquirentes para suscribir el oportuno documento privado de venta, disponiendo al respecto el artículo 398 del CC, en armonía con el precepto anteriormente citado que para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes', cuya argumentación es aceptada por esta sala." (FJ 3)

En tercer lugar, el recurrente invocaba la vulneración de los artículos 359 y 372 de la LEC, puesto que, según señalaba, la sentencia impugnada consideraba que la condición 6 de un contrato de venta, acompañado con la demanda, se hallaba viciada de nulidad radical y absoluta por contravenir lo dispuesto en la Ley y carecía de virtualidad y eficacia en juicio, puesto que tal nulidad, cuando afectaba a una relación contractual que había venido produciendo efectos, registrado por organismos oficiales y con apariencia jurídica correcta, debía ser el resultado de una acción de nulidad del contrato por petición expresa en la demanda y con respeto a los principios de contradicción procesal, mas la actora no solicitó su modificación o nulidad parcial.

Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"Esta sala tiene declarado que, a los efectos de congruencia, por sentencia debe entenderse su parte dispositiva y no sus fundamentos jurídicos o fácticos, aunque ello no quiera decir que estén desprovistos de todo valor y relevancia, pues forman un todo con el fallo y contribuyen a esclarecer y justificar jurídicamente los pronunciamientos contenidos en el mismo, y pueden servir a un motivo de incongruencia cuando son tan absolutamente contrarios al fallo que le hacen inexplicable, en razón de que se está justificando una conclusión contraria o distinta o justifican un apartamiento de los hechos con infracción del principio *justa allegata et probata* […], y también que pueda rebasarse el principio *iura novit curia* cuando se estima la demanda por razones jurídicas diversas de las alegadas, siempre que se produzca indefensión." (FJ 4)

En este sentido, y en relación con el supuesto planteado, el Tribunal entendió que:

"ha habido correlación o armonía entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el pleito y el fallo de la sentencia, y además constituye constante y uniforme doctrina jurisprudencial, en atención al principio *iura novit curia,* en relación con el de *da mihi factum, dabo tibi ius*, la de que el juzgador puede aplicar normas distintas e, incluso, no invocadas por los litigantes, a los hechos por los mismos establecidos, pero, en ningún caso, la observancia de esos principios se entenderá de manera absolutamente libre e ilimitada, ya que está condicionada por el objeto del proceso, el componente jurídico de la acción, y no cabe que sea sorpresiva hasta el punto de producir indefensión." (FJ 4)

Por tanto, el Tribunal entendió que la resolución impugnada no adolecía de un vicio de incongruencia:

"ya que no ha alterado el objeto del proceso, ni el contenido del componente fáctico esencial de la acción ejercitada, tanto respecto a los hechos alegados y probados como a la inalterabilidad de la *causa petendi*, y, por lo antes explicado, no ha sido en absoluto sorpresiva." (FJ 4)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso interpuesto, con imposición de costas al recurrente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la congruencia de las sentencias: STS de 20 de febrero de 1993 (Aranzadi 1993/1001), y STS de 31 de diciembre de 1991 (Aranzadi 1991/9270).

Juzgado de Primera Instancia de Baleares. Compromiso de fidelidad al partido firmado libremente para evitar el transfuguismo

SUPUESTO DE HECHO

Los miembros de la candidatura de un municipio para las elecciones de 2003 suscribieron un contrato por el que se comprometían a mantener fidelidad a su partido a no convertirse en tránsfugas políticos y a respetar la disciplina del comité local del municipio. En caso de incumplimiento, pactaron que serían inmediatamente expulsados del partido, quedando sujetos a las acciones judiciales o extrajudiciales que el partido considerara oportunas para el resarcimiento de daños ocasionados al partido, que algunos de los firmantes darían publicidad en los medios de prensa al incumplimiento, y que quien rompiera su compromiso de fidelidad durante la siguiente legislatura debería abonar en el plazo de un mes desde la ruptura de su compromiso la cantidad de tres millones de euros. En el transcurso de la legislatura surgió una cuestión relativa a unas obras de urbanización, lo que motivó una reunión del partido para fijar la postura a acordar. Sin embargo, uno de los miembros del partido votó en un sentido distinto a lo pactado, anunciando su dimisión del partido sin entregar el acta de concejal, por lo que, llegados al Pleno, se votó a favor de la recepción de la urbanización con el voto decisivo del concejal dimitido.

ÓRGANO: Juzgado de Primera Instancia de Baleares. Jurisdicción civil. Procedimiento ordinario núm. 1439/2005
RESOLUCIÓN: 97/2005
FECHA: 28 de abril de 2006
DEMANDADO: Concejal tránsfuga
NORMATIVA APLICABLE: Artículos 23 y 67.2 de la CE, y artículos 6.3, 1255, 1271, 1275 y 1306 del Código civil
DOCTRINA: Compromiso de fidelidad al partido firmado libremente para evitar el transfuguismo (FJ 4 y 5)

Los hechos descritos motivaron la interposición de una demanda por los restantes miembros del partido, al considerar que dicha conducta constituía un claro incumplimiento de las cláusulas contractuales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal centró su argumentación en la nulidad de la causa del contrato. En este sentido, el Tribunal analizó si se podía considerar constitucionalmente legítima una organización de la representación en la que los representantes podían ser privados de su función por una decisión que no emana de los propios electores, llegando a la conclusión de que no podían. En este sentido, el Tribunal declaró lo siguiente:

"La Constitución española en su artículo 67.2 consagra que los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo. La referencia a los miembros de las Cortes ha sido extendida al ámbito municipal y a los concejales por el Tribunal Constitucional." (FJ 4)

A continuación, el Tribunal advirtió que:

"En su segundo apartado, el artículo 23 de nuestra Constitución consagra el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes. En lo que aquí importa, este derecho (que protege a los titulares de cargos y funciones públicas de cualquier género y no sólo, como el ante considerado, a los titulares de funciones representativas) implica también el de no ser removidos de los cargos o funciones públicos a los que se accedió si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos. El legislador puede establecer libremente las condiciones que estime más adecuadas, pero su libertad tiene limitaciones, que son, por una parte, las generales que imponen el principio de igualdad y los derechos fundamentales que la Constitución garantiza, y, por la otra, cuando se trata de cargos o funciones cuya naturaleza esencial aparece definida por la propia Constitución, las que resultan de la necesidad de salvaguardar esta naturaleza. En el caso de los cargos y funciones públicos de carácter representativo, una regulación legal que sea contraria a la naturaleza de la representación violará también por ello el derecho del representante a permanecer en el cargo.

"Cuando esa violación se produce porque la regulación legal cuya aplicación origina el cese en el cargo lesiona el principio de igualdad o derechos fundamentales del propio representante como simple ciudadano, tal violación afectará también, sin duda, al cuerpo electoral." (FJ 4)

Dicho esto, el Tribunal se refirió a la naturaleza y la función que en la materia electoral atribuía la Constitución a los partidos políticos. Al respecto, el Tribunal declaró que:

"Los partidos políticos son, como expresamente declara el artículo 6, creaciones libres, producto como tales del ejercicio de la libertad de asociación que consagra el artículo 22. No son órganos del Estado, por lo que el poder que ejercen se legitima sólo en virtud de la libre aceptación de los estatutos y, en consecuencia, sólo puede ejercerse sobre quienes, en virtud de una opción personal libre, forman parte del partido. La trascendencia política de sus funciones (concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular) y servir de cauce fundamental para la participación política no altera su naturaleza, aunque explica que respecto de ellos establezca la Constitución la exigencia de que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos." (FJ 4)

Seguidamente, y en relación con el pacto relativo a la expulsión del partido, el Tribunal advirtió que:

"Al otorgar al partido la facultad de privar al representante de su condición cuando lo expulsa de su propio seno, como en el presente caso ocurre, el precepto infringe, sin embargo, de manera absolutamente frontal el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes. Una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral, y titulares, por tanto, de una función pública a la que no pueden poner término decisiones de entidades que no son órganos del Estado, en el sentido más amplio del término." (FJ 4)

Dicho esto, el Tribunal añadió que:

"si la Constitución consagra el vinculo entre el candidato elegido y los ciudadanos, y no con el partido político, y la jurisprudencia constitucional se explica extensamente sobre esta cuestión, que fundamenta en el artículo 23 de la CE, inscrito en la sección primera del capítulo segundo del título primero, por tanto goza de la máxima protección constitucional (artículo 53 de la CE), el contrato suscrito y aquí discutido sujeta a los firmantes para que se vinculen con el partido político y no con los ciudadanos, por mucho que los estatutos del partido contemplen los intereses de los ciudadanos como un principio de su razón de ser. El Sr. Pedro Enrique vota en contra de lo decidido en el comité local, con ello rompe la disciplina de voto, de partido, y en consecuencia la lealtad o fidelidad al partido se ve afectada y abandona el partido, sin devolver el acta de concejal, que mantiene, y no se integra en otro partido político. La conducta está clara, infringe las tres obligaciones contraídas, pero debe señalarse que aunque son formalmente tres, al menos en este caso, son tres aspectos de la misma, se está hablando de la misma cosa, por lo que la tesis de la actora de amparar en su caso una nulidad parcial, por estar afectada una sola de las obligaciones pero no las demás, no puede ser compartida, las tres aplicadas a este caso esencialmente se refieren a lo mismo, y es la sujeción de la voluntad de los candidatos y concejales futuribles u las pautas que el partido y en su representación el comité local, cuyo presidente es miembro de los órganos de gobierno de ÜM, imponga, y aunque en la práctica pueda darse y de hecho esta vinculación se dé, y se quiera tener controlada, dicho derecho no puede admitirse, por cuanto el contrato incide directamente en el contenido del artículo 67.2 con relación al 23.1 de la CE, convirtiéndose los firmantes en meros instrumentos del partido, desnaturalizando su vinculación real con los electores. Y en este caso, todos lo que lo firmaron incurrieron en esta vulneración." (FJ 5)

Sentada la existencia de una infracción de la Constitución, el Tribunal analizó qué traducción legal tenía, declarando que:

"Con la infracción acreditado por la demandada del artículo 1255 y 6.3 del CC, que señala que serán nulos los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, salvo que se fije en ellas un efecto distinto, y se entiende que el mandato representativo y la vinculación del ciudadano con su representante son normas imperativas de rango constitucional, que son inderogables por la mera voluntad de las partes, la consecuencia a la que se llega es a la nulidad radical del contrato suscrito." (FJ 5)

Siguiendo con lo anterior, el Tribunal señaló que:

"la ilicitud de la causa se concreta en la vulneración de los artículos 1255, 6.3, 1271 del CC y 67.2 y 23.1 de la CE, su consecuencia es la no producción de efecto alguno, según el artículo 1275 del CC, que se produce *ipso iure* y *erga omnes*, por cuanto el Derecho no puede proteger un contrato que persigue una finalidad ilícita. La sanción del artículo 1275 de la CC es la ineficacia, sin embargo la infracción de normas de carácter imperativo y la imposibilidad en este supuesto de confirmar el contrato, el contrato ineficaz, reúne los requisitos legales pero es sancionado con la falta de producción de efectos, aquí hay una ilicitud y la consecuencia es la nulidad, no cabe dotarlo de eficacia, aún cuando las partes creyeran que era licito, por eso resulta aplicable el artículo 1306 del CC al señalar que cuando hay causa ilícita que no constituye una infracción penal, al ser una causa provocada por todos los integrantes ninguno de ellos podía exigir el cumplimento de lo ofrecido o contratado." (FJ 5)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

"En definitiva, […] firmaron un contrato a favor del partido, todos lo hicieron libremente y con unas razones muy claras, pero a pesar de soslayar la intervención directa del partido se incurrió igualmente en una infracción de la Constitución, que determina la ilicitud del contrato suscrito y su nulidad, por lo que no puede derivarse del mismo ninguna eficacia, lo cual determina que, por lodo lo expuesto, deba desestimarse la demanda." (FJ 5)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Afirmando que los representantes de los ciudadanos no estarán ligados por mandato imperativo, ver las siguientes sentencias: STC 10/1983, de 21 de febrero, y STC 31/1993, de 26 de enero (Aranzadi 1993/31).

Juzgado de lo Mercantil de Málaga. Impugnación de un acuerdo de un consejo de administración relativo al canon de concesión administrativa, de duración superior a la de la sociedad. Sociedades anónimas mercantiles locales y concesiones

SUPUESTO DE HECHO

Varios miembros del consejo de administración de una sociedad mercantil local formularon una demanda solicitando que se declarara la nulidad y, subsidiariamente, la anulación, de uno de los acuerdos del Consejo de Administración, la "Propuesta de aceptación del canon para la concesión administrativa del subsuelo para la construcción del aparcamiento de la calle Salitre y delegación de facultades", por considerarlo contrario a los estatutos y a los intereses de la sociedad. En concreto, se alegaba que el acuerdo había sido aprobado con el voto favorable de los consejeros nombrados por el Ayuntamiento de Málaga, que debieron abstenerse de participar (artículo 127.ter.3 de la LSA), por lo que entendían que era nulo. También, se alegaba que el plazo fijado y aprobado para la concesión administrativa era de cincuenta años y superaba la duración de la sociedad, que se había establecido en los estatutos en cincuenta años, lo que vulneraría el artículo 111 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales. Por ello, se invocaba la anulabilidad del acuerdo. Finalmente, se alegaba la falta de consistencia y viabilidad del informe aportado en dicho Consejo para establecer el canon en una cuantía máxima de 3.900.000 euros.

El Juzgado de lo Mercantil de Málaga estimó parcialmente el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal analizó la solicitud de nulidad del acuerdo del Consejo de Administración por infringir el artículo 127.ter.3 de la LSA. Sobre este punto, el demandante planteaba si a tenor del citado precepto los consejeros vinculados al socio mayoritario podían participar en la toma de una decisión en el seno del Consejo de Administración en la que aquél también estaba interesado en su condición de Administración local. Según el demandante, se estaba ante un conflicto de interés transaccional entre parte y contraparte. Sobre esta cuestión, el Tribunal hizo referencia a los casos en los que había que entender que se estaba ante un conflicto de interés, declarando lo siguiente:

"con carácter general, puede decirse que el conflicto de interés tiene lugar cuando el vocal del consejo ante una determinada votación es portador de un doble interés: el interés social y un interés personal, de modo que no puede realizar uno sin sacrificar el otro. Por tanto, la actuación en conflicto de interés se produce cuando los administradores se hallen en una situación que permita ejercitar su cargo para realizar un interés distinto al interés social típico. Señala igualmente que los concejales representan los intereses colectivos de los ciudadanos y que la situación de conflicto de interés no deriva de una contraposición abstracta de las posiciones entre la sociedad y los miembros del Consejo, sino centrado exclusivamente en el interés personal o en acuerdos que puedan beneficiar a otras empresas mercantiles en las que el consejero pueda tener ese mismo interés." (FJ 2)

Dicho esto, en referencia a la sociedad cuyos actos eran enjuiciados, el Tribunal advirtió que:

ÓRGANO: Juzgado de lo Mercantil de Málaga. Sección Primera. Jurisdicción civil. Procedimiento ordinario núm. 206/2005
FECHA: 17 de marzo de 2006
PONENTE: Sr. Enrique Sanjuán Muñoz
NORMATIVA APLICABLE: Artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, y artículos 115, 116, 127 y 143 del Real decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, Ley de sociedades anónimas
DOCTRINA: Impugnación de un acuerdo de un consejo de administración relativo al canon de concesión administrativa, de duración superior a la de la sociedad. Sociedades anónimas mercantiles locales y concesiones (FJ 2, 3 y 4)

"El interés de la sociedad es evidentemente doble: por un lado, dirigido a la consecución de su objeto social en cuanto a la construcción de los citados aparcamientos, para lo cual adopta una de las formas previstas en el artículo 85 de la Ley de bases de régimen local de 1985; por otro lado, y respecto de la necesaria participación, en el modelo elegido, de accionistas privados, en la consecución de beneficios al interés de todos los accionistas. Pero este último parte es dependiente y debe serlo en coordinación con el objeto social de este tipo de sociedades." (FJ 3)

Siguiendo con lo anterior, el Tribunal señaló que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

"este tipo de sociedades responden a la necesidad de posibilitar, mediante la aportación de recursos públicos y con libertad de movimientos que ofrece el Derecho privado, la prestación de servicios en interés general o de actividades coadyuvantes, mediante procedimientos compatibles con el tipo societario elegido, la correcta prestación de los servicios para los que la entidad fue constituida. Y ello significa que dichas sociedades no son independientes de la entidad local que las crea en cuanto a su funcionamiento, pues estarán sujetas a la normativa especial administrativa en cuanto ésta así lo disponga vinculadas por reglas de coordinación imprescindibles para conseguir la máxima eficacia en su acción instrumental." (FJ 3)

Siguiendo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el Tribunal declaró que:

"la infraestructura de estas sociedades mixtas, híbridas de la conjunción del capital público y privado, pero para la realización de servicios públicos, en este caso municipalizados, es inoperante e inadecuado ajustar el desarrollo y organización de las mismas a las coordenadas clásicas de las sociedades anónimas puras, pues en este caso, por ejemplo, el reembolso fijo en su cuantía y periódico en su vencimiento de las acciones del capital

privado, más propio de los préstamos societarios de los que son las obligaciones o los bonos, el tipo más frecuente, se debe a una imposición legal (artículo ciento once tres del Reglamento de servicios ya invocado), de cuya lectura se infiere qué la ecuación capital social-nominal de acciones, clásica, no se dinamiza en estas sociedades mixtas de igual forma, pues en definitiva el activo y el pasivo revertirán íntegramente y sin indemnización al ente público que hizo la concesión administrativa de la prestación del servicio municipalizado, de suerte que el acervo social permanece inalterable sin corresponderse con el capital privado en su gradual y periódica devolución de la aportación originaria." (FJ 3)

Dicho esto, el Tribunal afirmó que "La misma regla debe aplicarse al supuesto del artículo 127.ter.3 que se dice infringido", aduciendo las siguientes razones:

"Primero, porque lo que se alega en cuanto al conflicto de intereses por la demandante obedece más a un régimen de protección de los accionistas que al propio conflicto entre el interés de los administradores y de la sociedad.

En segundo lugar, porque no es este interés conflictuado un interés contrapuesto entre la sociedad y uno de sus accionistas (el Ayuntamiento), pues *a sensu contrario* también podríamos entender que el interés de los socios privados conculcaría el interés de la sociedad en cuanto a conseguir su objeto social de forma digna y con calidad en el servicio si entendiéramos que en todos los supuestos debe prevalecer la política de reducción de costes.

En tercer lugar, porque no existe un mismo interés entre los servidores públicos o funcionarios pertenecientes al órgano de administración (que es público o colectivo) con el interés patrimonial, económico o de lucro que pueda tener la corporación local para sí misma, y por tanto no se contrapone el interés público de los administradores con el interés societario.

"En cuarto lugar, porque a este tipo de sociedades la aplicación de un elenco de normas públicas condicionan su *modus operandi* de tal forma que determinados aspectos vendrán predeterminados y dilucidados en sede administrativa o contencioso-administrativa, de tal forma que el interés del Ayuntamiento no puede ponerse de manifiesto en el seno de la sociedad sino en el resultado de este trámite administrativo vinculante, una vez resuelto, para sí mismo.

"En último lugar, porque el ejercicio de las acciones de impugnación de los acuerdos del Consejo de Administración tiene su fundamento y razón jurídica en la obligación inexcusable de cumplir fiel y lealmente todas las obligaciones y responsabilidades inherentes al cargo que ostenta en el Consejo de Administración y éste no resulta afectado en cuanto a la participación de los miembros de la corporación que entran con tal carácter en el seno de dicho Consejo y respecto de los que, por tanto, ni siquiera surge la obligación de declarar, respecto del artículo 127.ter.3 de la LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206), en cuanto a su posición de miembros del Consejo nombrados por el Ayuntamiento. Es un interés menos formal y más de fondo el que debemos concretar; o, en su caso, entendiendo que es formal sólo lo sería respecto de intereses no públicos por su condición de concejales." (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal estimó el primer motivo.

A continuación, el Tribunal analizó la segunda cuestión objeto de controversia, relativa a la duración de la sociedad (cincuenta años por imperativo del artículo 111 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales) y del acuerdo adoptado de concesión más allá de la vida societaria, aunque también por otros cincuenta años.

Al respecto, el Tribunal destacó que:

"partimos de una pretendida infracción partiendo de una norma estatutaria de adecuación legal y un acuerdo de aprobación de una concesión por un tiempo limitado pero dentro de los límites permitidos en la normativa de desarrollo local."

Siendo ello así, el Tribunal declaró lo siguiente:

"La problemática se deriva entonces al análisis de la 'contrariedad' entre el citado acuerdo y la duración de la sociedad, por cuanto la actora pretende señalar que al haberse fijado un plazo superior, respecto de la concesión aprobada para aceptación, al de la vigencia de la sociedad ello iría en contra de los estatutos de la misma y en concreto del referido artículo 3. Pero de ningún modo podemos entender que ello sea así si tenemos en cuenta que la vigencia de la sociedad conforme a la Ley y a los estatutos no resulta afectada por cuanto transcurrido el plazo concreto se producirá la disolución de la citada sociedad […] y no es el período temporal fijado para su duración, el afectado, sino que cualquier acuerdo tomado en base a esto y por la concesión respectiva deberá partir de una amortización realizada durante el plazo de vigencia de la misma. De esta forma, la fijación de un plazo de concesión superior al de la duración de la sociedad debe adecuarse al de la propia realidad de esta última y conforme a ello adaptarse al período temporal vigente. De esta forma, lo que podría haberse vulnerado y podría suponer causa de anulabilidad es las normas recogidas en los estatutos sobre amortización siempre y cuando la amortización –en cuanto al plazo previstas en aquellos pudieran afectar al acuerdo de amortización en cuanto al tiempo acordado– en el acuerdo respectivo. Asimismo, podríamos también entender que lo que se vulnera es el interés de la sociedad por beneficio de uno de los socios o de un tercero, en cuanto a un convenio de concesión por un plazo de cincuenta años y por el que se paga un canon –por esos cincuenta años de existencia– cuando la sociedad conoce (o el órgano de administración que lo acuerda) que no es posible amortizar dicha cuantía en los años señalados y por cuanto se hubiera pagado de más por los años que no se pueden amortizar. Hablaríamos, en los dos últimos casos, de acuerdos anulables por vulnerar los estatutos en cuanto a la amortización fijada o por ir en contra del interés de la sociedad, pero ninguno de éstos son los que la parte actora ha alegado." (FJ 4)

Finalmente, el Tribunal recordó que:

"La cuestión de la duración de la sociedad y la concesión administrativa también fue tratada por la DGRN de 18 de noviembre de 1993 en aplicación de derecho intertemporal, partiendo de una sociedad mixta constituida con anterioridad a dicha limitación temporal de cincuenta años. Avanzaba dicha resolución la problemática partiendo de la existencia de una 'desarmonía' y no de una 'contradicción', pues no se infringía la Ley sino que las particularidades de la normativa local, en relación a la normativa de sociedades, daban lugar a estos supuestos en donde adecuándose a las normas, sin embargo existe un proceso de desarmonía cuando hemos de ver este tipo de sociedades donde la normativa local 'de aplicación preferente' se ve matizada y desarrollada por la normativa societaria. La solución final, al término de la sociedad, deberá pasar entonces, de no haberse adecuado la amortización de la concesión a la vida societaria, partiendo de los efectos del artículo 111.3 del RSCL y determinando, en cada caso, si existe o no derecho de indemnización a favor de los accionistas." (FJ 4)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó parcialmente el recurso, declarando la nulidad del acuerdo del Consejo de Administración sobre la "Propuesta de aceptación del canon para la concesión administrativa del subsuelo para la construcción del aparcamiento de la calle Salitre y delegación de facultades", por lesionar los intereses de la sociedad en beneficio de un accionista, condenando a la demandada a estar y pasar por la citada declaración.

Jurisprudencia en la materia

Sobre las sociedades mercantiles locales, ver las siguientes sentencias: STS de 25 de mayo de 2004 (Aranzadi 2004/3972); STS de 21 de marzo de 1986 (Aranzadi 1986/1466), y STS de 31 de octubre de 1995 (Aranzadi 1995/7718).

F) Jurisdicción penal

Tribunal Supremo. Delito de desobediencia. Acuerdo de un Pleno municipal de confirmación de la denegación de una licencia municipal concedida anteriormente a pesar de la existencia de una resolución judicial ordenando la suspensión de dicho acto

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Jurisdicción penal. Recurso de casación núm. 557/2005
RESOLUCIÓN: 80/2006
FECHA: 6 de febrero de 2006
PONENTE: Excmo. Sr. José Antonio Martín Pallín
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 404 del Código penal
DOCTRINA: Delito de desobediencia. Acuerdo de un Pleno municipal de confirmación de la denegación de una licencia municipal concedida anteriormente a pesar de la existencia de una resolución judicial ordenando la suspensión de dicho acto (FJ 2 y 3)

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Agost concedió a la empresa S. una licencia municipal de actividad para el ejercicio de su planta de la industria de incineración de residuos sólidos hospitalarios. A los pocos meses de la concesión de la licencia, el Pleno del Ayuntamiento acordó denegar la licencia y ordenó el no-ejercicio de la actividad y desmantelamiento de la misma. Este último acuerdo fue recurrido por S., que había obtenido la licencia ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que decretó la suspensión de la ejecución del acuerdo recurrido, sin fianza alguna. Ante la paralización de cualquier actividad de la empresa, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana acordó "requerir al Ayuntamiento de Agost a fin de que cumpla y ejecute el auto de esta sala de 11 de mayo de 1995, dejando sin efecto cuantas medidas se hubieran adoptado en contradicción con el mismo y, en particular, aquellas que paralicen la actividad de la mercantil recurrente". El Ayuntamiento interpuso un recurso de súplica contra dicha resolución, siendo éste desestimado.

Posteriormente, varios concejales solicitaron al entonces alcalde la celebración de un Pleno extraordinario a fin de ratificar la paralización cautelar de la planta incineradora. El Pleno se celebró y en él, y pese a las advertencias del alcalde de que se podía incurrir en algún tipo de delito al ser la resolución del Tribunal Superior de Justicia firme y no caber recurso contra ella, los concejales mencionados aprobaron la moción, con el voto favorable de otro concejal, y la abstención de los demás grupos políticos, por la que se ordenaba requerir de nuevo a la citada empresa la paralización de la planta incineradora "hasta que la Agencia del Medio Ambiente a quien corresponda esclarezca el tema de las emisiones" ordenando el cierre de dicha planta, lo que se llevó a efecto por Decreto de fecha 26 de julio de 1996, notificado el mismo día a la empresa.

Posteriormente, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estimó el recurso interpuesto contra el primer acuerdo por ser nulo de pleno derecho, reconociendo el derecho de la citada mercantil a ser indemnizada.

La Audiencia Provincial de Alicante condenó a los concejales que votaron a favor de la paralización de la empresa como autores responsables de un delito de prevaricación y otro de desobediencia, sin que concurriera en ninguno de ellos circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno de los mencionados, de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años por el delito de prevaricación, y a la pena de multa de tres meses, fijando la cuota diaria en seis euros e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses por el delito de desobediencia.

Los procesados interpusieron un recurso de casación contra dicha resolución, que fue estimado parcialmente por el Tribunal Supremo, que casó y anuló la sentencia impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Los recurrentes alegaban error de derecho por estimar que se les ha aplicado indebidamente el delito de desobediencia. Sin embargo, el Tribunal desestimó dicho motivo, aduciendo que:

"El normal funcionamiento del Estado de derecho exige un exquisito respeto por la autonomía de los distintos poderes del Estado y obliga a todos a procurar su normal funcionamiento. Cuando alguna persona o corporación pública o privada decide no cumplir con resoluciones judiciales, cuyo contenido es claro y terminante sin dejar espacio para la duda interpretativa o la desorientación sobre los términos y alcance de la resolución, existen vías racionales que cualquiera alcanza a comprender, sin necesidad de tener profundos conocimientos del derecho. Si estimaban que la orden no era clara, debieron solicitar su aclaración y, si consideraban que la resolución era injusta o contraria a derecho sólo tenían la vía de los recursos para tratar de cambiar su sentido y convertirlo en favorable para sus intereses." (FJ 2)

Por su parte, también se alegaba la denuncia de la indebida aplicación del artículo 404 del Código penal, que contempla las conductas prevaricadoras.

Sobre este punto, el Tribunal advirtió que:

"Nos encontramos ante un supuesto en el que la conducta sólo puede ser calificada como desobediencia ya que no se trata de una resolución deliberadamente prevaricadora, utilizando el arbitrio descarnado y duro como elemento de confrontación con la legalidad vigente. Sólo se observa la renuncia al cumplimiento de una resolución judicial que estimaban perjudicial para los intereses generales de los habitantes de localidad que se verían afectados por la contaminación derivada del funcionamiento de la incineradora. Además, justificaban los acuerdos con la inexistencia de un previo informe de impacto medioambiental, sin que se pueda vislumbrar la mas mínima arbitrariedad o propósito de conculcar la legalidad en una materia tan delicada y de tanto impacto social como la que estamos contemplando." (FJ 3)

A continuación, el Tribunal señaló que:

"según los documentos obrantes en las actuaciones, es un hecho cierto e incontestable que tiene interés para ser añadido al relato fáctico que la corporación municipal acordó ratificar la paralización cautelar de la planta incineradora de residuos hospitalarios que acordamos en el pleno de 11 de diciembre de 1995 hasta que la Agencia de Medio Ambiente o a quien corresponda esclarezca el tema de las emisiones y se garantice la salud de la población." (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal estimó dicho motivo, estimando parcialmente el recurso y casando y anulando la sentencia impugnada.

Audiencia Provincial de Barcelona. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Ruidos procedentes de un bar-restaurante, actuando sin licencia de funcionamiento y apertura. Desobediencia

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Barcelona. Sección Tercera. Jurisdicción penal. Procedimiento abreviado núm. 97/2005
FECHA: 20 de marzo de 2006
PONENTE: Ilmo. Sr. Fernando Valle Esqués
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 325.1 y 326.circ.b) del Código penal
DOCTRINA: Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Ruidos procedentes de un bar-restaurante, actuando sin licencia de funcionamiento y apertura. Desobediencia (FJ 1 y 2)

SUPUESTO DE HECHO

Los titulares de una empresa de hostelería adquirieron un establecimiento, en el que uno de ellos (P.) inició la actividad de bar-restaurante, disponiendo únicamente de licencia municipal de actividad pero careciendo de la preceptiva licencia de funcionamiento y apertura, que fue denegada por el Ayuntamiento por no haber adoptado el acusado las medidas correctoras exigidas, entre ellas la de insonorización del local. Los vecinos formularon reiteradas denuncias contra los propietarios, entre otros, por las molestias provocadas por los ruidos de la actividad de restauración y su maquinaria, que les impedían en horas nocturnas el necesario descanso y el sueño.

A consecuencia de las referidas denuncias, el Ayuntamiento ordenó en varias ocasiones el cese de la actividad por carencia de licencia de funcionamiento y no-adopción de las medidas correctoras oportunas, hasta que, visto el incumplimiento de los titulares del establecimiento, ordenó el precinto del bar-restaurante y de sus instalaciones y maquinaria, que se ejecutó ese mismo mes. Uno de los titulares del establecimiento quebrantó el precinto, restableciéndose nuevamente la actividad, lo que motivó una segunda orden de precinto. Los empleados del acusado se negaron a permitir el acceso a los funcionarios municipales al local, impidiendo su ejecución.

A consecuencia de la reiterada inmisión de ruidos en horas nocturnas procedentes de la actividad mencionada, los vecinos del inmueble en el que se encontraba se vieron sometidos a una continuada situación de insomnio y estrés, que en el caso de dos de ellos, derivó en el desarrollo de un cuadro clínico ansioso-depresivo que precisó de tratamiento farmacológico y homeopático.

La Audiencia de Barcelona condenó a P. como autor de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente (contaminación acústica), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de cuatro años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de veinticuatro meses, a razón de una cuota diaria de doce euros (un total de 8.640 euros), con arresto sustitutorio de un día por cada dos cuotas impagadas, e inhabilitación especial para el ejercicio de actividades industriales relacionadas con la restauración por tiempo de tres años. Asimismo, decretó la clausura provisional del bar-restaurante El Portet por tiempo de tres años, en tanto no se conceda por el Ayuntamiento de Barcelona la preceptiva licencia. Asimismo, le condenó al pago de la mitad costas procesales, con inclusión de la mitad de las de la acusación particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal consideró que los hechos eran constitutivos de un delito contra los recursos naturales, la salud pública y el medio ambiente tipificado en los artículos 325 (artículo 325.1 tras la reforma de la Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre) y 326.b) del CP. A este respecto, el Tribunal destacó la concurrencia de los tres requisitos que configuran el tipo del artículo 325:

"primero, la realización de una serie de actos productores de ruido; segundo, la infracción con dicha conducta de normas extrapenales; y tercero, la creación de una situación de peligro, que en el presente caso se ha transformado, por desgracia, en concreto, produciendo constatadas lesiones en los perjudicados." (FJ 1)

En relación con la modalidad agravada de "desobediencia" del apartado b) del artículo 326 del CP, referida a los casos en que "se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior", el Tribunal entendió que "es lo que ha sucedido en el caso que enjuiciamos, con el incumplimiento de las órdenes dadas por el Ayuntamiento relativas a la suspensión de las actividades […] habiéndose producido tal conducta con un dolo propio, específico, y un resultado lesivo concreto" (FJ 1).

Sin embargo, el Tribunal desestimó la aplicación del subtipo agravado de "clandestinidad" del apartado a) del artículo 326 del CP, "pues no se puede sostener el mismo en un caso como éste, de inmisiones sonoras, cuando el Ayuntamiento ha tenido pleno conocimiento de ello" (FJ 1).

A continuación, el Tribunal se refirió a cada uno de los elementos del tipo. Al respecto, en primer lugar advirtió que:

"A) […] se ha producido una dilatada conducta de realización y provocación directa de ruidos contaminantes." (FJ 2)

Sobre este punto, el Tribunal destacó que:

"la realidad de este primer elemento del tipo ha persistido hasta que el acusado Pedro Antonio no se ha visto en la antesala de la celebración de este juicio penal, y el desprecio al cumplimiento de las normas administrativas, tanto para la apertura del negocio, como para que la actividad de restauración funcionara con las autorizaciones previas, ha sido total." (FJ 2)

En segundo lugar, el Tribunal señaló que:

"B) […] es preciso que esa producción o provocación de ruidos haya tenido lugar contraviniendo leyes u otras disposiciones protectoras del medio ambiente." (FJ 2)

En este sentido, el Tribunal consideró que "la prueba al respecto es contundente", destacando que "el bar-restaurante […] sólo disponía de licencia municipal de actividad (restauración) transmitida por el anterior titular" (FJ 2).

El Tribunal se refirió a los resultados de las dos inspecciones sonométricas de los ruidos causados por la actividad, destacando de la segunda que se habían obtenido:

"unos niveles de inmisión de ruidos provenientes del bar-restaurante que, no sólo superaban el límite permitido de los 30 dB (A), sino que incluso eran superiores a los obtenidos en la visita anterior, siendo éstos los ya constatados por la actividad general del local, el funcionamiento del montacargas y el de las persianas metálicas; y comprobándose, en definitiva, que el acusado […] continuaba sin adoptar las medidas de insonorización y corrección ordenadas por el Ayuntamiento."

Como tercer elemento del tipo, el Tribunal se refirió a "C) la creación de una situación de peligro".

Sobre este punto, el Tribunal destacó el hecho de que "se ha transformado en concreto, produciendo constatados trastornos

en los perjudicados", destacando que "hasta hace pocos meses, sobretodo […] durante los fines de semana, y como hasta que no se cerraba el restaurante (por cierto, según parece, sobrepasando la hora de cierre en establecimientos similares) no se podía ni descansar, ni conciliar el sueño, debido al griterío de los clientes cuando se celebraban 'cenas de empresa', aguantando un volumen excesivo de la música, así como los 'persianazos' pasadas incluso las 2.30 horas de la madrugada, cuyo ruido según esa amplia testifical les 'destrozaba', la recogida de las mesas al finalizar la jornada, lo que se producía incluso hasta las 3.00 […]. Y […] cuando ellos se quejaban al acusado, la contestación de éste no era otra que incrementar los ruidos para fastidiarlos aún más, habiendo tenido que llamar en diversas ocasiones a la Guardia Urbana. Angustiosa situación con la que tenían que convivir de forma habitual, según el testigo Sr. S. desde las 6.30 ó 7.00 horas en que comenzaba la actividad hasta al menos las 2.00 de la madrugada. Todos ellos han relatado los padecimientos que han sufrido, la tensión nerviosa y el estrés que han pasado, las visitas a médicos, etc." (FJ 2).

A continuación, en relación con las pruebas acreditativas de la concurrencia del subtipo agravado del apartado b) del artículo 326 del CP, el Tribunal declaró que:

"la desobediencia a las órdenes del Ayuntamiento correctoras y/o supresoras de la actividad contaminante, de entre toda la documental del citado expediente municipal […]. De lo que allí consta, y del propio reconocimiento del acusado P. a algunas de las preguntas al Ministerio Fiscal sobre tales extremos, se desprende la realidad de los hechos probados." (FJ 2)

En lo que respecta a las personas criminalmente responsables, el Tribunal consideró que P. era responsable en concepto de autor, por su participación directa y material en los hechos, conforme a los artículos 27 y 28 del CP, y absolvió al otro titular de la empresa, aduciendo que:

"Es cierto que ambos son socios solidarios de la mercantil […], pero más allá de lo que económicamente pueda afectarle la presente resolución, como tal socio, en cuanto a la responsabilidad civil subsidiaria que declararemos de dicha entidad, en los hechos típicos ninguna intervención ha tenido." (FJ 2)

Por lo expuesto, la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a P. como autor de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente (contaminación acústica) a la pena indicada en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre delitos contra el medio ambiente en su modalidad de contaminación acústica por ruidos procedentes de un establecimiento público: SAP de Jaén de 20 de marzo de 2006.

Audiencia Provincial de Jaén. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Ruidos procedentes de un café-bar. Responsabilidad del administrador

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Barcelona. Sección Tercera. Jurisdicción penal. Procedimiento abreviado núm. 11/2004
FECHA: 20 de marzo de 2006
PONENTE: Ilma. Sra. María Lourdes Molina Romero
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 325 del Código penal
DOCTRINA: Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Ruidos procedentes de un café-bar. Responsabilidad del administrador (FJ 1, 2, 3 y 5)

SUPUESTO DE HECHO

El administrador único de una empresa (V.) obtuvo la licencia de apertura de un café-bar de categoría especial B. Dicha licencia estaba condicionada a los límites admisibles de nivel sonoro, prevenidos en la Ordenanza municipal de protección del medio ambiente contra ruidos y vibraciones y en el Reglamento de calidad del aire, siendo advertido por el ayuntamiento que el incumplimiento de la normativa en cuestión podría suponer la revocación de la licencia. Sin embargo, al abrirse al público el establecimiento, del que era encargado su socio B., se sucedieron múltiples denuncias por los vecinos del edificio, debido a las continuas molestias derivadas de los ruidos y vibraciones producidos por el equipo de música existente, que incumplía la normativa referida, con el consiguiente perjuicio para las personas. De ello se puso en conocimiento al ayuntamiento, que adoptó múltiples resoluciones, si bien continuaron las molestias y ruidos hasta que se acordó el precintaje del equipo de música. Aun así, los agentes de la Patrulla Verde de la Policía Local comprobaron que se había instalado en el local un nuevo equipo de música, sin autorización administrativa y sin las comprobaciones oportunas en orden al cumplimiento de la normativa preceptiva. Por estos hechos impuso una sanción a la empresa de 600 euros por quebrantar las órdenes de precinto de máquinas productoras de ruido.

A consecuencia de los ruidos, una vecina del inmueble sufrió un trastorno depresivo reactivo cronificado de intensidad moderada caracterizado por ansiedad e insomnio, que precisó de tratamiento psicofarmacológico hasta que cesó la causa inicial. La perjudicada tuvo gastos de fisioterapeuta que ascendieron a 1.194 euros.

La Audiencia Provincial de Jaén condenó a V. y B. como autores responsables de un delito continuado contra el medio ambiente en su modalidad de contaminación acústica, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de dos años, tres meses y un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, dieciséis meses de multa a razón de seis euros por cuota, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 del Código penal y un año de inhabilitación especial para profesión u oficio, con la responsabilidad civil de la sociedad titular del establecimiento y al pago de las costas por mitad, incluidas las de la acusación particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal consideró que los hechos eran constitutivos de un delito contra el medio ambiente previsto y penado en el artículo 325 del Código penal, en relación con la Ordenanza municipal de protección del medio ambiente contra ruidos y vibraciones, y el Decreto 74/1996, de 20 de febrero, de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba el Reglamento de la calidad del aire. En relación con dicho tipo, el Tribunal destacó lo siguiente:

"El tipo delictivo del artículo 325 del Código penal viene configurado por la concurrencia de una acción típica de carácter positivo, consistente en un hacer de 'provocar' o 'realizar'. La acción positiva de 'provocar o realizar' se proyecta, directa o indirectamente, sobre una variedad de conductas que se especifican en el texto legal como son, 'emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramiento, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos'. Otro elemento del tipo exige que la acción positiva de realizar o provocar una o varías de aquellas conductas concretas, ha de efectuarse 'contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente',

debiéndose significar que la inclusión de este elemento propio de los llamados tipos penales en blanco, ha suscitado una cierta controversia doctrinal sobre el alcance que debe otorgarse a la expresión 'Disposiciones de carácter general'. Por lo demás, el precepto exige también que la conducta típica se lleve a cabo en alguno de los lugares que señala el precepto. A todo lo cual debe agregarse el elementos subjetivo que informa la conducta desarrollada por el sujeto activo, cuestión, ésta que se encuentra vinculada a la naturaleza jurídica del injusto." (FJ 1)

A continuación, el Tribunal añadió que:

"Este delito es de peligro concreto (aunque se va admitiendo, en la propia jurisprudencia de esta sala, su caracterización como de peligro abstracto). Como es de mera actividad se consuma por la creación del riesgo mediante la realización de alguna de las actuaciones alternativas descritas en el precepto, sin que sea necesario para que tenga lugar su efectiva consumación la producción de un perjuicio determinado y específico, ya que estacamos ante un delito de lesión que se castigaría separadamente. La exigencia de que el peligro sea grave atribuye a los tribunales una labor de concreción típica, que un sector doctrinal considera que es función propia del legislador." (FJ 1)

En relación con el bien jurídico protegido, el Tribunal declaró que:

"el artículo 45 de la Constitución española hace referencia al desarrollo de la persona y al fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente y de ello parece que la figura delictiva debe orientar su protección y fijar su atención prioritaria en la salud de las personas aunque nadie discute que la protección alcanza, de manera directa o indirecta a la fauna, la flora y los espacios naturales." (FJ 1)

A continuación, el Tribunal mencionó la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en relación con la contaminación acústica, advirtiendo que:

"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 Constitución española). Respecto a los derechos del artículo 18 de la Constitución española, ese ámbito de la vida de las personas ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con este criterio, hemos de convenir en 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. Teniendo esto presente, podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruidos que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario." (FJ 1)

En relación con la responsabilidad criminal, el Tribunal consideró que V. y B. eran responsables criminalmente en concepto de autores, por haber tomado parte directa y voluntaria en su ejecución. Al respecto, el Tribunal indicó que:

"los dos acusados tenían el dominio funcional del hecho y el control real y efectivo del funcionamiento del local, incluido el ámbito en que se realizó la actividad delictiva, que no puede quedar impune por realizarse bajo el manto de una persona jurídica. Tenían en sima, el deber de control de las mentes de riesgo que estaban bajo su responsabilidad y dominio directo y debieron situarse en una posición de garantes para que el peligro no se produjera. Su caracterización de autoría es patente por aplicación del artículo 25 del Código penal, sin necesidad de acudir a las actuaciones en nombre de otro, del artículo 31, pues para configurar el tipo de autor no es necesario que el sujeto realice materialmente el hecho y no tratarse de un delito especial propio." (FJ 2)

Por su parte, en lo que respecta a la normativa infringida, el Tribunal destacó que "han infringido las ordenanzas municipales de protección de medio ambiente contra ruidos y vibraciones publicadas en el *Boletín Oficial de la Provincia de Jaén* de 3 de febrero de 1999", norma que, según destacó el Tribunal, "hay que ponerla en relación con el Decreto 74/1996, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la calidad del aire, publicado en el BOJA 30/1996 de 7 de marzo. Esta norma en su artículo 28.L.b) dispone que los parámetros de los locales destinados a bares especiales, pubs, y similares, deberán tener un aislamiento acústico normalizado mínimo de 65d BA, a ruido rosa, con respecto a las viviendas colindantes." (FJ 3)

En cuanto al tipo subjetivo del delito, el Tribunal entendió que:

"se integra el tipo subjetivo por el conocimiento del grave riesgo originado por so conducta, activa u omisiva, en una, gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto si dolo eventual, según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligra, máxime en cases como el presente en los que fluye, por lo reiterado y contumaz, una decidida voluntad de no desistir de la situación de grave peligro creada." (FJ 3)

Sin embargo, el Tribunal entendió que no concurría el subtipo agravado contemplado por el artículo 326.b) del Código penal, consistente en que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior. El Tribunal consideraba que su aplicación vulneraría el principio *non bis in idem*. Sobre esta cuestión, el Tribunal declaró lo siguiente:

"el principio *non bis in idem*, como garantía procesal, se concreta en la preferencia o precedencia del órgano judicial sobre la Administración, cuando los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal, por la competencia exclusiva de la jurisdicción penal y el límite implícito de la Administración, derivada del propio artículo 25.1 de la Constitución española. La subordinación de los actos administrativos sancionadores hasta que se pronuncie el órgano judicial obliga a la paralización de los procedimientos iniciados. Además, la vulneración del *non bis in idem* puede ser causada también cuajado no se respeta la cosa juzgada, que por su naturaleza está incluida en el haz de garantías del derecho a la tutela judicial efectiva. En sentido estricto la cosa juzgada es un efecto exclusivamente de las resoluciones judiciales penales. Las resoluciones administrativas sólo las pueden producir cuando se confirman por la jurisdicción contencioso- administrativa […]. Es en virtud de la doctrina expuesta por lo que el incumplimiento de las órdenes administrativas, ya sancionado en vía administrativa, y confirmado en parte por la jurisdicción contenciosa no puede ser enjuiciado de nuevo, ni servir de agravación de la conducta de los acusados." (FJ 5)

Por los motivos expuestos, la Audiencia Provincial condenó a los acusados como autores responsables de un delito continuado contra el medio ambiente en su modalidad de contaminación acústica a la pena indicada en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre delitos contra el medio ambiente en su modalidad de contaminación acústica por ruidos procedentes de establecimiento público: SAP de Barcelona de 20 de marzo de 2006.

En materia de contaminación acústica, ver la siguiente sentencia: STS de 24 de febrero de 2003 (Aranzadi 2003/950).

Sobre derechos fundamentales y contaminación acústica, ver las siguientes sentencias; STC de 119/2001 de 24 de mayo (Aranzadi 2001/119); STEDH de 21 de febrero de 1990; STEDH de 9 de diciembre de 1994, y STEDH de 19 de febrero de 1998.

Sobre el principio de *non bis in idem*, ver las siguientes sentencias: STS 833/2002 de 2 de junio de 2003 (Aranzadi 2003/6235), y STS 52/2003 de 24 de febrero (Aranzadi 2003/950).

Audiencia Provincial de Castellón. Transformación de unos terrenos forestales desobedeciendo a reiterados requerimientos de paralización. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Delitos sobre la ordenación del territorio. Concurso ideal

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Castellón. Sección Segunda. Jurisdicción penal. Procedimiento abreviado núm. 39/2004
FECHA: 30 de enero de 2006
PONENTE: Ilmo. Sr. José Luis Antón Blanco
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 319 y 325 y 326.b) del Código penal
DOCTRINA: Transformación de unos terrenos forestales desobedeciendo a reiterados requerimientos de paralización. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Delitos sobre la ordenación del territorio. Concurso ideal (FJ 4 y 5)

SUPUESTO DE HECHO

El propietario de una serie de parcelas (D.) con la clasificación urbanística en el PGOU de Suelo No Urbanizable y algunas además con la clasificación de Protección Forestal, unas en su integridad u otras parcialmente, decidió transformar dichas parcelas para el cultivo de la naranja, cursando por escrito la autorización de lo que sería una primera fase de proyecto transformador. A tal efecto, presentó al ayuntamiento una memoria sobre el cambio de aprovechamiento, refiriendo que en el lugar había una "caseta". Los técnicos comprobaron que se trataba de fincas forestales y que existía en la zona afectada una pendiente superior al quince por ciento, por lo que era ineludible la previa presentación de un estudio de impacto ambiental. Sin presentar estudio de impacto ambiental, despreciando el requisito administrativo, inició la transformación de las fincas forestales a regadío, construyendo en el lugar de la caseta un almacén de 6 x 15 m de largo y 6 de altura en la parcela 76, siendo denunciado por un agente forestal ante la Consejería de Agricultura. Tal denuncia dio lugar a un expediente sancionador, dictándose orden de suspensión temporal de las obras por parte del director territorial de la Consejería de Agricultura. Sin embargo, el propietario continuó su actividad transformadora.

La Consejería mencionada impuso a D. una sanción de 996.300 pesetas con obligadas medidas de "restauración" y "restitución", debiendo dejar libre la vía pecuaria ocupada, y prolongando la suspensión temporal de la obra. A pesar de ello, el propietario decidió llevar a cabo la ejecución completa de su proyecto, interesando autorización para el cambio de cultivo de otras parcelas. El ayuntamiento le advirtió que el expediente tenía establecido un plazo de tramitación de seis meses, transcurridos los cuales debería entender desestimada tal solicitud. Sin embargo, D., sin esperar a su concesión y pese a que tenía el mismo problema de encontrarse ante parte del terreno forestal, con una pendiente media superior al quince por ciento y necesidad de aportar estudio de impacto medioambiental para optar a conseguir una estimación favorable, prosiguió su actividad transformadora, siendo denunciado por el agente forestal, después de comprobar éste cómo en las fincas del acusado se roturaba la superficie, se vertían escombros para la realización de terrazas en la zona de pendiente y se echaba tierra vegetal, al tiempo que construyó una pista nueva, lo que dio lugar a un nuevo expediente sancionador, en el que recayó una resolución provisional de suspensión temporal de las obras.

D. nunca atendió la orden de suspensión, siguiendo su labor de explanación del terreno. Éste se limitó a presentar un escrito de alegaciones argumentando que entendía concedida la autorización por silencio administrativo. El expediente sancionador acabó por caducidad declarada por resolución de 15 de febrero de 2000, que expresaba no obstante la posibilidad de volver a iniciar sucesivo expediente de no haber prescrito la infracción administrativa (como luego se hizo).

Por los mismos hechos que el expediente anterior, y porque el propietario no cesaba en su actividad transformadora, fue denunciado nuevamente por el jefe de Comarca Forestal con motivo de haber roturado una última zona de pinar de unos 600 m^2 que antes había dejado, incoándose un nuevo expediente sancionador y acordándose de inmediato la suspensión provisional de la obra, pese a lo cual éste prosiguió con su transformación. D. presentó alegaciones, negando los hechos, pero ante el alcance de las obras el expediente fue suspendido por efecto de la denuncia penal ante la fiscalía.

La Audiencia Provincial de Castellón condenó a D. como autor responsable de un delito contra la ordenación del territorio, sin concurrir circunstancias de la responsabilidad penal, a las penas de seis meses de prisión, multa de dieciocho meses a razón de veinte euros con arresto sustitutorio personal en caso de impago, e inhabilitación especial para el oficio de agricultor por seis meses; y como autor de un delito contra el medio ambiente, contraviniendo las órdenes expresas de la autoridad administrativa, a las penas de cuatro años y un día de prisión, multa de veinticuatro meses y un día a razón de una cuota diaria de veinte euros con arresto sustitutorio en caso de impago, e inhabilitación especial para el oficio de agricultor por tiempo de tres años. Asimismo, se condenó al acusado a realizar las obras de restauración encaminadas a restablecer en la medida de lo posible el equilibrio ecológico en los términos que señale la Consejería de Medio Ambiente. También se le condenó al pago de las costas del juicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal consideró que los hechos acontecidos contenían todos los elementos que configuraban, en concurso ideal, un delito contra la ordenación del territorio y un delito contra el medio ambiente.

Delito contra la ordenación del territorio (artículo 319.1 del CP)

En primer lugar, el Tribunal se refirió a la existencia de un delito contra la ordenación del territorio. A este respecto, el Tribunal recordó las circunstancias necesarias para que se pueda dar el mismo:

"que se trate: a) de una construcción, b) no autorizada y c) que se haya realizado en suelos considerados de especial protección." (FJ 4)

En este sentido, en lo que respecta la "acción de 'construir'", el Tribunal destacó que:

"no es que construyere sólo un almacén de considerables dimensiones, sino que después ha construido allí al lado una balsa grande de obra (de una profundidad de más de tres metros según el testigo Manuel), y además en su conjunta obra transformadora colocó, con base de obra, cinco torres eléctricas, construyó caminos mediante importantes desmontes que originaron visibles taludes en la montaña, y construyó terrazas sobre la base de ciertos vertidos de escombros que luego compactó."

Dicho esto, el Tribunal afirmó que:

"Si puede entenderse en términos teóricos que una simple excavación para cimientos de algo que se va a alzar, cumple el inicio de la acción típica *ex* artículo 319.1 del CP en un delito que es de simple actividad, con más razón, en este caso, es 'construcción' todos los movimientos de tierra, desmontes, vertidos, explanaciones con maquinaria pesada, etc., a favor de una magna transformación del suelo forestal para convertirlo, con técnicas genuinamente constructivas, en nuevo emporio agrícola." (FJ 4)

En cuanto a la "falta de autorización de la obra", el Tribunal entendió que:

"es evidente que la construcción transformadora carecía de ella, con lo que aparentemente la concurrencia de este elemento del tipo no albergaría dudas." (FJ 4)

A continuación, y siguiendo con dicho requisito, el Tribunal recordó que:

"el artículo 319 del CP, contempla dos supuestos distintos: cuando se refiere a la ordenación del territorio que tenga que ver con suelo destinados a viales, zonas verdes, lugares de reconocido valor paisajístico, o de especial protección, la falta de autorización sin más en el momento de iniciar la construcción, supone que la acción es típica; mientras que en el caso del núm. 2 del precepto que se refiere a suelo no urbanizable, en principio la falta de autorización no convierte en típica la acción si la edificación es en sí autorizable."

Señalando que en el presente caso:

"la transformación del terreno sin autorización, se reconduce al núm. 1 del mismo, al margen de que fuera o no autorizada *ex post*." (FJ 4)

Antes de analizar la concurrencia del tercer elemento del tipo, el Tribunal señaló que:

"el tenor del tipo en esta cuestión es relativamente claro, pues el legislador en el mismo precepto utiliza dos expresiones diferentes ('no autorizada' por un lado, y 'autorizable' por otro), con diverso alcance interpretativo, y resulta inadmisible que fuere un lapsus cuando las emplea correlativamente para suelos diferentes y con respuesta punitiva diferenciada –por otro lado perfectamente lógica–, entraremos en la cuestión tanto porque ha sido un cuestión introducida por la defensa, de si la obra realizada por el acusado pudiere entenderse legalizable o autorizable con efecto de exclusión de la tipicidad, como porque algunos precedentes de Audiencias canalizan la cuestión de la misma forma, es decir, por la comprobación de que más que 'no autorizada', no sea al obra 'autorizable', unificando por vía de interpretación ambos supuestos." (FJ 4)

En este sentido, el Tribunal indicó que:

"tras el examen de la actitud administrativa del acusado, su pasividad, creemos que calculada a favor de moverse en una confusión muy conveniente (pero sin dejar nunca de hacer, incluso desatendiendo los acuerdos de paralización), nos determina a considerar que su obra era ilegalizable, entre otras cosas porque para ello había de iniciar el expediente oportuno, mostrando voluntad de hacerlo, y si resulta que el acusado, sabedor de que tenía que presentar un estudio de impacto ambiental e iniciar el expediente de declaración de impacto para poder optar a una estimación favorable, nunca pasó por tal condición, jamás podrá poner en vía de 'autorizable' nada." (FJ 4)

También aclaró que:

"en ningún caso podría entenderse concedida licencia alguna por silencio administrativo en los expedientes sobre cambio de cultivo por él emprendidos […] porque al margen de que la Consejería siempre notificó […] la necesidad de presentar el estudio de impacto ambiental como condicionante u óbice del cambio instado y además que en caso de no resolverse en seis meses debería de entenderlo como desestimado, técnicamente tal silencio nunca podría entenderse como positivo, habilitante o autorizante, porque […] el resultado de tal silencio sería contrario a la legislación y al planeamiento urbanístico." (FJ 4)

Con respecto al requisito de la protección del suelo, el Tribunal declaró que:

"la certificación del Ayuntamiento de Onda y la inclusión en el PORN de la sierra de Espadán, llena el elemento típico."

A este respecto, el Tribunal advirtió que:

"No cabe error de prohibición alguno. El acusado estaba asesorado por letrado, y a él le remitía todo, tal como ha reconocido en juicio. Además, dado que un organismo público como es Consejería o en su caso el Ayuntamiento, obran con una inspiración favorable a la legalidad, sin sospecha de móviles espurios, ofreciendo toda la información precisa a un administrado, no podía desconocer el acusado la problemática administrativa que presentaba su deseo transformador para unos terrenos que eran forestales y especialmente protegidos, cuando además al Sr. David se le notificaban cumplidamente todas las resoluciones que iban dándose en los expedientes administrativos." (FJ 4)

Delito contra el medio ambiente [artículos 325 y 326.b) del CP]

A continuación, el Tribunal efectuó la reconducción de los hechos al delito medioambiental del artículo 325 del CP. En cuanto a los requisitos de dicho tipo penal, el Tribunal recordó que se requiere que "el autor haya realizado vertidos, emisiones, radiaciones, etc., en el suelo la atmósfera, aguas, etc."; "que éstos contravengan leyes u otras disposiciones obligatorias para la protección del ambiente" y "peligro de grave perjuicio del equilibrio de los sistemas naturales" (FJ 5).

Al respecto, el Tribunal consideró que:

"Para la verificación de tales elementos bastan algunos presupuestos del delito anterior, ya que ambos están en una línea de ataque proyectivo, empezando por la afectación de la ordenación del territorio, como delito formal por darse el elemento normativo consistente en la infracción atinente a la sujeción al control de la gran obra transformadora, vulnerando ciertas normas intrínsecamente protectoras del medioambiente, generando al tiempo la misma conducta una afectación o peligro concreto grave, incluso un resultado, en un ecosistema natural." (FJ 5)

En lo que respecta la vulneración de disposiciones protectoras del medio ambiente, el Tribunal entendió que:

"aparece con nitidez, de acuerdo con ciertos artículos de la Ley forestal 3/1993, de la Comunidad Valenciana: artículos 2, 6, 7.4, 19, 28, 34.1 (necesidad de autorización para roturación), 34.2 (control administrativo de cualquier uso o aprovechamiento de los terrenos forestales), 48 (prohibición del cambio de uso que conlleve una alteración del suelo, sin autorización), 49 (deberes de conservación de los terrenos forestales por parte de los dueños), etc."

En cuanto al "peligro de grave perjuicio del equilibrio de los sistemas naturales", el Tribunal hizo referencia a varias sentencias del Tribunal Supremo que:

"han calificado el tipo delictivo del artículo 325 del Código penal vigentes, no como un delito de peligro concreto ni tampoco abstracto *stricto sensu*, sino como un delito de peligro hipotético, no siendo bastante constatar la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más: que la conducta sea potencialmente peligrosa. O lo que es lo mismo, lo que debe hacerse es un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta para poderla incardinar en el mencionado tipo delictivo." (FJ 5)

Dicho esto, el Tribunal aclaró que:

"no es que en este caso se detecte peligro concreto, sino incluso daño efectivo, remitiéndonos al respecto a los consignado al final de los hechos dado como probados, con referencia a las consecuencias consignadas en los informes." (FJ 5)

El Tribunal entendió que los hechos debían verse encuadrados en el subtipo agravado b) del artículo 326 del CP por haber desobedecido D. los acuerdos de paralización, aclarando que:

"Por la apreciación de este subtipo agravado no cabe apreciar el delito genérico de desobediencia *ex* artículo 556 del CP del que también acusa el fiscal, por principio de especialidad de la regla 1 del artículo 8 del CP." (FJ 5)

Con respecto a la apreciación del subtipo indicado, el Tribunal añadió que:

"Parece evidente que el acusado se sometió a una idea de lograr la impunidad, o de saltarse la legalidad mediante el sistema de hace algo ilegal y limitarse a pagar la sanción, imponiendo a la Administración sus iniciativas por 'vías de hecho' ante consecuencias irreversibles o irreparables, no siendo óbice el pago de multas con tal que las cosas quedaren como él las dejó. Hay dolo, evidentemente, en quién ante ordenes administrativa expresas y claras se guía de esta manera y pone a trabajar en ello a letrados." (FJ 5)

Finalmente, el Tribunal se refirió a la aplicación del principio *non bis in idem* al caso enjuiciado, que entendía que no era de aplicación. Acerca de dicho principio, el Tribunal aclaró lo siguiente:

"no existe coincidencia de hecho en lo temporal. Aquí enjuiciamos, bajo la óptica del artículo 319 del CP, un delito permanente que en ningún modo se había consumado cuando se iniciaron aquellos expedientes que nacieron sobre hechos que sólo constituían una dimensión fáctica de algo mucho más amplio, que es lo que aquí interesa. Aquellos expedientes que acabaron con sanción […] versaban sobre actividades iniciales de lo que iba a ser la obra emprendida, por lo que no existe identidad entre lo sancionado y lo aquí enjuiciado." (FJ 6)

En segundo lugar, como motivo para negar la vulneración del *non bis in idem*, el Tribunal declaró que:

"la prevalencia del enjuiciamiento penal sobre el administrativo parece a nuestro juicio evidente en un ámbito (el medioambiental) que si es relativamente nuevo para el Derecho penal es porque se ha precisado el reforzamiento de una respuestas administrativas insuficientes, que lo seguirían siendo si se diere primacía al trámite y a la sanción administrativa, con efecto de cierre automático al derecho penal. No parece entendible que pueda eludirse el enjuiciamiento penal de algo que tiene tal alcance, mediante respuestas sancionadoras que por ser mucho más leves que las penas, beneficiarían tanto al infractor como abolirían el efecto preventivo y disuasorio que la protección penal dispuesta por el legislador pretende." (FJ 5)

Siguiendo con esa idea, el Tribunal recordó que:

"El propio Tribunal Constitucional […] declara que la garantía material de no ser sometido a *bis in idem* sancionador, que, como hemos dicho, está vinculada a los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones, tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada. Sigue diciendo que la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 25.1 de la CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento. (FJ 5)

"Argumenta dicha sentencia del Tribunal Constitucional, para estimar que no se vulneró en ese supuesto el *ne bis in idem*, que atendiendo a los límites de nuestra jurisdicción de amparo, una solución como la adoptada en este caso por el órgano judicial no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* sancionador, dado que la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación –bis– de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el artículo 25.1 de la CE." (FJ 5)

Finalmente, el Tribunal declaró que:

"existe una relación concursal entre los delitos apreciados, que ha de entenderse como ideal *ex* artículo 77 del CP. No hay concurso de normas, porque los bienes jurídicos afectados, aun muy próximos y en similar línea de ataque, son distintos, con la consecuente respuesta penal que se dirá." (FJ 5)

Por lo indicado, el Tribunal condenó a D. como culpable de un delito contra la ordenación del territorio y un delito contra el medio ambiente, en concurso ideal, a las penas indicadas en el apartado anterior, en los términos que ahí se indican.

Jurisprudencia en la materia

Sobre los requisitos del delito contra la ordenación del territorio de llevar a cabo una construcción no autorizable: STS de 26 de junio de 2001 (Aranzadi 2002/4521), y SAP de Alicante de 9 de febrero de 2005 (Aranzadi 2005/291).

Sobre los requisitos del delito contra el medio ambiente, ver las siguientes sentencias: STS de 22 de julio de 2004 (Aranzadi 2004/7294); STS de 24 de junio de 2004 (Aranzadi 2004/5172); STS de 24 de octubre de 2003 (Aranzadi 2003/7319), y STS de 17 de mayo de 2003 (Aranzadi 2003/4240).

Sobre el principio *non bis in idem,* ver las siguientes sentencias: STS de 2 de junio de 2003 (Aranzadi 2003/6235); STS de 24 de febrero de 2003 (Aranzadi 2003/950); STS de 24 de febrero de 2005 (Aranzadi 2005/1901), y STC 2/2003, de 16 de enero (Aranzadi 2003/2).

5 PRESENTACIÓN

7 ESTUDIOS

7 Enriquecimiento injusto y *nemo auditur* en el Derecho administrativo
Manuel Rebollo Puig

38 La administración local en la reforma de los estatutos de autonomía: especial referencia al caso del Estatuto de autonomía de Cataluña
Marc Carrillo

50 Los sujetos contratantes: alcance del concepto "poder adjudicador"
José María Gimeno Feliu

79 Responsabilidad patrimonial de la Administración. Incendios
Pilar Galindo Morell

90 Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños sufridos en la vía pública
Eduard Paricio Rallo

100 El régimen local en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
Joaquín José Ortiz Blasco

124 Potestad disciplinaria y Administración pública
Juan B. Lorenzo de Membiela

135 La institución del Patrimonio Municipal del Suelo (PMS) como fuente de financiación del presupuesto municipal: un análisis jurídico y financiero a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006 (Presupuesto General del Ayuntamiento de Valladolid de 2003)
Emiliano Sanz Rubio

143 CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

144 A) Jurisdicción constitucional
159 B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos
160 C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
167 D) Jurisdicción contencioso-administrativa
194 E) Jurisdicción civil
200 F) Jurisdicción penal
Domènec Sibina Tomàs
Eva Arnal Arasa

PVP: 18 euros

www.gobiernolocal.org