

Cuadernos de Derecho Local

número

17

Junio de 2008

QDGL



Cuadernos de Derecho Local



CONSEJO CIENTÍFICO

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

DIRECTORES

MANUEL MEDINA GUERRERO
DOMÈNEC SIBINA TOMÀS

SECRETARIO DE REDACCIÓN

FERRAN TORRES COBAS

EDICIÓN

© FUNDACIÓN PRIVADA DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL



PRODUCCIÓN Y ASESORAMIENTO LINGÜÍSTICO

FRANCESC GIL LLUCH ☎ 932 095 705

PREIMPRESIÓN Y MAQUETACIÓN

SIDIGRAF, S.L. ☎ 933 052 450

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



Tomás Quintana López
Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de León

M^a. Pilar Galindo Morell
Magistrada

Eduardo Paricio Rallo
Magistrado

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

Pedro Luis Martínez Pallarés
Letrado asesor de la Diputación de Zaragoza.
Profesor asociado de Derecho Constitucional

Romà Miró Miró
Abogado. Funcionario local con habilitación
de carácter nacional, escala Secretaría,
categoría superior

Ricard Gracia Retortillo
Universidad de Barcelona

David Moya Malapeira
Profesor de Derecho Constitucional
de la Universidad de Barcelona

Domènec Sibina Tomàs

PRESENTACIÓN	5
ESTUDIOS	7
Las competencias de las corporaciones locales en materia de protección ambiental. Referencia a Castilla y León	7
El régimen del silencio administrativo	20
La Policía Local como policía judicial	38
Sobre la forma de gobierno de Barcelona: régimen jurídico de las resoluciones administrativas del Consejo Municipal	49
La LCSP y la Administración local	70
Los convenios urbanísticos	90
Convivencia ciudadana, prostitución y potestad sancionadora municipal. El caso de Barcelona.	99
Los informes municipales de arraigo social y disponibilidad de vivienda adecuada expedidos a los extranjeros extracomunitarios: el papel en Cataluña de la Oficina del Padrón Municipal	134
CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA	152
A) Jurisdicción constitucional	153
B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	160
C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.	162
D) Jurisdicción contencioso-administrativa.	171
E) Jurisdicción civil.	194
F) Jurisdicción penal	199

QDL PRESENTACIÓN

Los estudios de este QDL los inicia Tomás Quintana López, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de León, que publica “Las competencias de las corporaciones locales en materia de protección ambiental. Referencia a Castilla y León”, trabajo en el que el autor reitera y sintetiza las claves del sistema de atribución competencial a las entidades locales, aborda el lugar que ocupa la protección del medio ambiente en ese sistema y las competencias de municipios y provincias. Le sigue M^a. Pilar Galindo Morell, magistrada, en “El régimen del silencio administrativo”, trabajo en el que la autora pone de manifiesto que la regulación vigente del silencio administrativo, introducida por la Ley 4/1999, es el resultado de un camino complejo y de trazado difícil, y una vez examinados los viejos debates que superó afronta las cuestiones que mayor conflictividad plantean aún hoy: el ámbito del silencio positivo como acto administrativo; el silencio administrativo positivo *contra legem*; el silencio positivo en la contratación y el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo en los supuestos de silencio administrativo negativo.

Eduardo Paricio Rallo, magistrado, aborda una cuestión cotidiana y poco explicada de la actuación de los municipios en el artículo “La Policía Local como policía judicial”. El autor, una vez situada la materia seguridad en el marco normativo de la organización de la seguridad pública y de las competencias municipales, delimita y explica la función de las policías locales como policía judicial. Ello tanto en el ámbito en el que los agentes de la policía local se topan con hechos que presenten visos de delito, como en el de la respuesta a requerimientos del aparato judicial o de la policía judicial ordinaria. Completa el análisis con el examen de las técnicas de intervención que pueden utilizar los agentes de la policía local como policía judicial y como policía de seguridad, que es su actuación natural y propia.

Francisco Velasco Caballero y Silvia Díez Sastre publican el trabajo “Sobre la forma de gobierno de Barcelona: régimen jurídico de las resoluciones administrativas del Consejo Municipal”. Los autores ponen de manifiesto que la Ley 22/1998, de la Carta Municipal de Barcelona (CMB), inauguró, para el Derecho local español, lo que luego se ha denominado –con cierta imprecisión– “parlamentarización del gobierno local”. Diez años después, en este artículo, analizan cuál es el verdadero sentido y alcance de esa parlamentarización y proyectan ese análisis sobre el ejercicio de competencias “administrativas” o “ejecutivas” por el Consejo Municipal (el órgano plenario).

En relación con el tema candente de la contratación del sector público, Pedro Luis Martínez Pallarés, letrado asesor de la Diputación de Zaragoza, en el artículo “La LCSP y la Administración local”, constata que la legislación de contratos desde la Ley 13/1995 se ha limitado a establecer unas escasas peculiaridades respecto de las entidades y que la LCSP mantiene y acentúa esta lógica. El autor examina la cuestión de las entidades locales y el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP y las especialidades de la contratación de la Administración local de orden orgánico, procedimental, en los contratos de gestión patrimonial y de orden sustantivo en relación con el contrato de gestión de servicios públicos.

Romà Miró Miró, en el trabajo “Los convenios urbanísticos”, los contextualiza dentro del marco general del Derecho Administrativo, desgrana y analiza las clases de convenios urbanísticos, y entre éstos, además de ponderar los de planeamiento y gestión urbanística, presta especial atención a los convenios expropiatorios y a los de pago en especie de las cuotas de urbanización. En la parte final del artículo explica las posibles acciones y su forma de ejercicio por la Administración y los particulares, en caso de incumplimiento (bien compeler a su cumplimiento, bien que la parte perjudicada por el incumplimiento opte por la resolución) y si es procedente y cómo puede ejercerse la acción para obtener indemnización por los daños y perjuicios causados.

Para finalizar, dos estudios sobre temas de actualidad reiterada. Ricard Gracia Retortillo, en el artículo “Convivencia ciudadana, prostitución y potestad sancionadora municipal. El caso de Barcelona”, mediante el título del trabajo sintetiza su contenido con precisión. La Ordenanza de convivencia de Barcelona le sirve de pórtico y cauce para llevar a cabo un riguroso análisis

del régimen jurídico sobre las posibilidades y límites para ejercer la potestad sancionadora municipal, en relación con la utilización del espacio público para el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales. David Moya Malapeira, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona, desarrolla “Los informes municipales de arraigo social y disponibilidad de vivienda adecuada expedidos a los extranjeros extracomunitarios: el papel en Cataluña de la Oficina del Padrón Municipal”.

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

Las competencias de las corporaciones locales en materia de protección ambiental. Referencia a Castilla y León

Tomás Quintana López
*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de León*

1. El sistema de atribución competencial a las entidades locales en el ordenamiento español. El caso de la protección ambiental.
 - 1.1. Los municipios. 1.2. Las provincias.
 2. El papel de las corporaciones locales de Castilla y León en la protección del medio ambiente.
 - 2.1. Aproximación. 2.2. Municipios y provincias. 2.3. Otros entes locales. La comarca de El Bierzo.
- Nota bibliográfica.

1. El sistema de atribución competencial a las entidades locales en el ordenamiento español. El caso de la protección ambiental

No es éste el lugar adecuado para hacer una detallada exégesis del sistema de atribución competencial a favor de las entidades locales ideado por el legislador de 1985. Además, el paso de los años, a partir de las esclarecedoras aportaciones de la doctrina (F. Sosa Wagner y P. de Miguel García, L. Ortega Álvarez, J. Mir i Bagó...) y su común manejo por la jurisprudencia, hacen que en estos momentos no sea necesario, máxime cuando nuestro particular interés se centra en localizar el papel a desempeñar por las entidades locales en lo que a la protección ambiental se refiere.

Aun siendo éste el objetivo, no está de más recordar que el redactor de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LRBRL), frente a la relación de materias sedicentemente locales cuya gestión ofrecían a los municipios y provincias los artículos 101 y 243 del Texto articulado y refundido, aprobado por el Decreto de 24 de junio de 1955, optó por un sistema de atribución competencial a los entes locales pautado no tanto por las normas reguladoras del régimen local sino por las reguladoras de los diversos sectores de actuación pública, mediante las que, en definitiva, se habrían de fijar las responsabilidades locales en la gestión de asuntos relativos a cada uno de esos sectores. Esta opción normativa se justifica también en que el redactor de la LRBRL —el Estado—, carece de competencias para regular todos y cada uno de los sectores o materias en cuya gestión han de intervenir las entidades locales pues, ya en el momento de su redacción, las materias susceptibles de atribución competencial a los entes locales se encontraban sometidas al reparto constitucional y estatutario de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas.

Siendo, pues, obligada por imperativos constitucionales la determinación de las competencias locales en unas u otras materias por parte del Estado y por las comunidades autónomas, en función de los títulos competenciales que le reserva la Constitución, en un caso, o les hayan atribuido los estatutos de autonomía, en el caso de las comunidades autónomas en dichas materias, la LRBRL intenta hacer compatible este punto de partida con otro principio constitucional: la autonomía de las entidades locales para la gestión de sus respectivos intereses (artículo 137 de la CE). Atento a ambos presupuestos, el artículo 2.1 de la LRBRL dispone que “Para la efectividad de la autonomía constitucionalmente garantizada a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las comunidades autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución

constitucional de competencias, deberá asegurar a los municipios, provincias e islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos”. Más aún, “Las leyes básicas del Estado previstas constitucionalmente deberán determinar las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los entes locales en las materias que regulen” (artículo 2.2 de la LRBRL).

El mandato que impone el precepto transcrito, aun siendo la piedra angular del sistema de atribución competencial a las entidades locales, se halla reforzado mediante otras previsiones de la propia ley básica local, en particular a través de la relación de materias en las que, en todo caso, los municipios deben ejercer competencias en los términos que prevean las legislaciones estatal y autonómicas (artículo 25.2 de la LRBRL) y mediante la previsión de la obligatoria prestación municipal de ciertos servicios, tradicionalmente considerados mínimos, en función del volumen de población (artículo 26 de la LRBRL), lo que no deja de constituir tanto una reserva material como también una indirecta atribución de competencias a favor de los entes municipales. Para las provincias, el artículo 36.1 de la LRBRL (“Son competencias propias de la Diputación las que le atribuyan, en este concepto, las leyes del Estado y de las comunidades autónomas en los diferentes sectores de la acción pública”), después de reiterar el principio en que se asienta el sistema de atribución competencial a estos entes locales, confiere directamente a las mismas, sin una precisa y necesaria intermediación del legislador estatal o autonómico, unos bien conocidos ámbitos competenciales (coordinación de los servicios municipales entre sí, asistencia y cooperación con los municipios, prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en general, el fomento y administración de los intereses peculiares de la provincia).

Estamos, tanto en los casos descritos para los municipios como para las provincias, en el dominio de las competencias propias, necesariamente referidas a aquellos asuntos que afectan más directamente al círculo de sus intereses y que, por ello, son expresión de la autonomía local constitucionalmente garantizada y hoy tutelable directamente ante el Tribunal Constitucional (capítulo IV, del título IV, de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional, añadido por la Ley orgánica 7/1999, de 21 de abril), principio al que la Carta Europea de la Autonomía Local, ratificada por

España mediante el Instrumento de 20 de enero de 1988 y en vigor en nuestro país desde el 1 de marzo de 1989 tras su publicación en el BOE el 24 de febrero de 1989, en su artículo 3 se refiere como “el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”. Con todo, más allá de ese núcleo irreductible de competencias locales, el señalado círculo de intereses locales no se agota en las que, por atribución de las leyes sectoriales, constituyen las competencias locales propias; junto a ellas y también atinentes al círculo de sus intereses, aunque su apreciación en este caso deba realizarse de una forma más laxa, las entidades locales pueden obtener por delegación otras competencias, según lo previsto en los artículos 7 y 27 de la LRBRL, o, incluso, intervenir de forma complementaria y concurrente con otras administraciones públicas en determinadas materias –educación, cultura, promoción de la mujer, vivienda, sanidad y protección del medio ambiente– (artículo 28 de la LRBRL), materias en las que indudablemente aparecen implicados los intereses locales.

Señaladas las claves del sistema de atribución competencial a las entidades locales, corresponde ahora informar sobre el lugar que ocupa la protección del medio ambiente en el sistema considerado. Pues bien, consecuentemente con lo expuesto, la determinación del papel que corresponde desempeñar a las entidades locales en lo que a la protección del medio ambiente se refiere se debe a lo que dispongan, en el marco de sus respectivas competencias sectoriales, el Estado y las comunidades autónomas, de acuerdo con las reservas constitucionales y atribuciones estatutarias existentes a favor de uno y de las otras. Siendo este el punto de partida, también ahora, en la línea de lo señalado con anterioridad en este mismo apartado, debe hacerse la distinción entre los municipios y las provincias.

1.1. Los municipios

Se recordará que, por una parte, el artículo 25.2 de la LRBRL prescribe una serie de materias en las que los municipios, en todo caso, ejercerán competencias, y, por otra, el artículo 26 de la LRBRL fija unos servicios de prestación municipal obligatoria, materias y servicios mínimos u obligatorios entre los que se citan expresamente la protección del medio ambiente y otras materias y servicios que con mayor o menor intensidad son de fácil consideración ambiental (L. Martín-Retortillo Baquer).

Entre las materias que incluye el artículo 25.2 de la LRBRL, decíamos, se encuentra la protección del

medio ambiente [letra f)] y otras estrechamente relacionadas con ella, como la extinción de incendios [letra b)], parques y jardines [letra d)], protección de la salubridad pública [letra h)], suministro de agua, limpieza viaria, recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales [letra l)], materias en las que la intervención municipal ha de ser fijada legislativamente, conforme a lo señalado y reiterado por el mismo artículo 25 en su apartado 3; entre tanto, transitoriamente los municipios, provincias e islas ejercerán las competencias que les atribuye la legislación sectorial vigente en el momento de la entrada en vigor de la LRBRL mientras aquélla no sea modificada (disposición transitoria segunda de la LRBRL). Así, por ejemplo, la STS de 4 de octubre de 1991 (Aranzadi 7850), con referencia a la protección ambiental a través de la, entonces vigente, normativa de actividades clasificadas del año 1961 y la intervención municipal en su aplicación, razona que:

“Y es lo cierto que como disposiciones encaminadas a salvaguardar el entorno ambiental deben reputarse las contenidas en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas aprobado por el Decreto 2414/1961, según se infiere de lo dispuesto en su artículo 1, para cuya aplicación en los términos del Reglamento y conforme a su artículo 6 son competentes los alcaldes.”

Esta misma normativa de actividades clasificadas que, como ha quedado indicado, ha servido de fundamento para respaldar el ejercicio de competencias municipales en materia de protección ambiental mientras no hubiera sido desplazada por las correspondientes normas autonómicas aprobadas en la materia, también sirve de soporte a un pronunciamiento jurisdiccional coetáneo al anterior para dotar de apoyo a las competencias municipales de tutela ambiental; sin embargo, el ejemplo que nos ofrece la STS de 27 de septiembre de 1991 (Aranzadi 6871) sirve para ilustrar aún mejor el sistema de atribución competencial a los municipios diseñado por la LRBRL en materia ambiental, pues además de apoyar la competencia municipal en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y religiosas, reconoce expresamente la atribución competencial que otorga a los municipios la Ley general de sanidad de 1986 en la materia sanitaria y ambiental, atribución que llanamente encaja en el sistema diseñado por los artículos 2 y 25 de la LRBRL; textualmente, la citada STS de 27 de septiembre de 1991 argumenta:

“Para ello hay que partir del examen de si el Ayuntamiento actuaba o no dentro de su competencia al suspender la ejecución de obras a partir de una profundidad determinada. Pues bien, es claro que tanto la Ley 7/1985, de 2 de abril, básica de régimen local, en su artículo 25, como el Reglamento de actividades

molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, interpretados ambos conjuntamente, atribuyen competencias a los ayuntamientos para proteger el medio ambiente y la salubridad pública, lo cual se aplica de lleno a su deber de tomar las precauciones necesarias para evitar el peligro de contaminación de las aguas destinadas al consumo humano. Por otra parte, el artículo 42.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, dispone en su apartado a) que, sin perjuicio de las demás competencias de las administraciones públicas, los ayuntamientos tienen responsabilidad en materia de control sanitario del medio ambiente y de abastecimiento de agua.”

El sistema de atribución competencial a los municipios descansa, pues, en buena medida en el artículo 25.1 y 2 de la LRBRL y en las legislaciones sectoriales estatal y autonómicas a las que se remite. No forma parte de este sistema, sin embargo, el artículo 86 también de la Ley básica local en cuanto que su función no es propiamente la de dotar de competencias a los municipios y demás entidades locales, sino la de habilitar a los mismos para ejercer actividades económicas e, incluso, reservar la gestión a favor de aquéllos de determinadas actividades o servicios esenciales, entre los que se citan algunos de incuestionable trascendencia ambiental (abastecimiento y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos...); así lo afirma tajantemente la STS de 9 de mayo de 2001 (TOL 102.149):

“Téngase presente que cuando el artículo 86 de la LRBRL ‘reserva’ a las corporaciones locales el servicio de abastecimiento y depuración de aguas (servicio esencial) no está regulando el tema de la distribución de competencias entre las comunidades autónomas y las corporaciones locales sino otro tema distinto: el del ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la CE. Y nótese también que cuando el artículo 25.2 de la LRBRL dice que ‘el municipio ejercerá en todo caso competencias en las [...] materias (de) suministro de agua [...] alcantarillado y tratamiento de aguas residuales’ establece el siguiente condicionamiento: [...] en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas.”

No obstante, pese a lo concluyentes que resultan estos argumentos y al indudable fundamento que les da soporte, parece razonable mantener que la reserva material de ciertas actividades y servicios esenciales contribuye al fortalecimiento competencial de los municipios y demás entidades locales destinatarios de la reserva, por lo que, a nuestro juicio, puede afirmarse que la citada previsión del artículo 86.2 de la LRBRL no es absolutamente neutral en relación con el diseño del marco competencial de los municipios, aunque sólo sea –que no es poco– porque los legisladores sectoriales también tienen que tener a la

vista este precepto a la hora de realizar las atribuciones competenciales a favor de aquéllos conforme ordena el artículo 25.2 de la Ley básica local.

Paralelamente a las que, como competencias propias, la legislación sectorial atribuye a los municipios en los términos expuestos, el artículo 26 de la LRBRL acoge la obligación municipal de prestar ciertos servicios, tradicionalmente considerados como mínimos.

Desde la perspectiva que nos ocupa interesa dejar constancia de que, en función del volumen de población, los municipios, por sí o asociados, deben prestar una serie de servicios públicos, muchos de ellos de indudable implicación ambiental (recogida y tratamiento de residuos, limpieza viaria, abastecimiento de agua potable, alcantarillado, tratamiento de residuos, prevención y extinción de incendios) e, incluso, se llega a citar expresamente la protección del medio ambiente como servicio de prestación obligatoria para los municipios de más de 50.000 habitantes, lo que justamente ha sido criticado por el poco rigor que supone incluir entre los que sí pueden considerarse servicios públicos de prestación obligatoria, una materia, como es la protección ambiental, cuya amplitud exige que las concretas responsabilidades locales obedezcan a una específica atribución competencial en los términos que cabe deducir de los artículos 2 y 25 de la LRBRL (L. Ortega Álvarez).

Con todo, además de algunas incorrecciones técnicas o de otras tachas que puedan hacerse a la exclusiva vinculación de la prestación obligatoria de ciertos servicios con el volumen de población del municipio sin que hayan sido tenidas en cuenta otras variables, como el tipo de actividades predominantes en el municipio (J. Domper Ferrando), lo cierto es que la obligación municipal de prestar ciertos servicios de trascendencia ambiental, además de corresponderse con un derecho del vecino a su prestación o establecimiento [artículo 18.1.g) de la LRBRL], lo que supone el reconocimiento de una acción vecinal (T. Quintana López), constituye un haz de auténticas competencias municipales, que contribuye a definir también unas responsabilidades mínimas de los municipios en esta materia.

Precisamente accionados por el ejercicio del derecho del vecino a la prestación y establecimiento de servicios públicos municipales implicados en la protección del medio ambiente, no son infrecuentes pronunciamientos jurisprudenciales en los que, como paso previo al reconocimiento del derecho del recurrente al establecimiento o prestación de determinados servicios municipales obligatorios, se parte de la existencia de la competencia del municipio en alguna de las materias relacionadas con la protección del medio ambiente (salubridad pública y servicio de

alcantarillado) o, propiamente, de la titularidad municipal de este rótulo competencial; de esta forma, las STS de 25 de abril de 1989, Aranzadi 3233 (“La Ley básica estatal de régimen local de 2 de abril, norma de inmediata y directa aplicación [...] establece como competencias obligatorias de los municipios, entre otras, la de protección del medio ambiente y la de protección de la salubridad pública, así como las de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales –artículo 26–”) y de 3 de octubre de 1994, Aranzadi 7511 (“La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local establece –en el artículo 25, apartados h) y l)– como competencias de los municipios, las de salubridad pública y servicio de alcantarillado, considerándose esta última en el artículo siguiente como competencia obligatoria”), ilustran cómo a través de la previsión de ciertos servicios municipales obligatorios cuyo establecimiento y prestación tienen una indudable relevancia ambiental, se ha responsabilizado a los municipios de amplias parcelas que forman parte de la protección ambiental, a la vez que, desde la perspectiva competencial, su posición en la gestión de esta materia encuentra expreso respaldo en la legislación local básica del Estado.

Unas últimas consideraciones en torno a otras previsiones de la LRBRL relativas a las competencias municipales en materia de protección ambiental; me refiero a lo dispuesto por el artículo 28 y a lo establecido en la disposición transitoria segunda, párrafo segundo, ambas de la ley básica local. Conforme al primero “los municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente”. Con referencia al precepto transcrito, el segundo párrafo de la disposición transitoria segunda prev e:

“Los municipios ostentarán, además, en las materias a que se refiere el artículo 28 de esta Ley, cuantas competencias de ejecución no se encuentren conferidas por dicha legislación sectorial a otras administraciones públicas.”

A la vista de ambas precisiones, se trata ahora de intentar concretar la aportación de las mismas al sistema de atribución competencial que para los municipios diseña la LRBRL, en particular en lo que at e a la protección ambiental. Pues bien, en relación con el citado artículo 28 de la LRBRL, lo primero que ha de advertirse es que su constitucionalidad fue respaldada por el máximo intérprete de la Constitución en la STC 214/1989, de 21 de diciembre (TOL 8.541), si bien de las razones que dan fundamento a su posición poco más cabe deducir que la sealada compatibilidad de las medidas complementarias que puedan adoptar los municipios en, entre otras

materias, la protección del medio ambiente, considerando que esas “actividades complementarias en forma alguna menoscaban o se configuran como un obstáculo a las competencias que corresponden al Estado o a las comunidades autónomas [...] se trata, en definitiva, de un reforzamiento de la autonomía local que, sin embargo, no altera, por el propio carácter complementario de la actuación municipal, el orden constitucional de distribución de competencias”; esta doctrina del Tribunal Constitucional ya fue anticipada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de febrero de 1989 (Aranzadi 1027), aunque en este caso sirviera para anular algunas extralimitadas actuaciones de incidencia ambiental adoptadas por un municipio debido a su falta de competencia frente a quien resultaba ser el titular de la misma para la ordenación y gestión de espacios protegidos.

La habilitación que ofrece este precepto a los municipios para realizar actividades complementarias para la protección ambiental más allá, incluso, del haz de competencias conferidas por la legislación sectorial en esta materia, debe ser considerada conjuntamente con lo que establece el párrafo segundo de la disposición transitoria segunda de la LRBRL pues, conforme a lo en él previsto, los municipios en materia de protección ambiental y otras materias ostentarán cuantas competencias de ejecución no hayan sido otorgadas por la legislación sectorial a otras administraciones, lo que también, con el respaldo de la jurisprudencia constitucional (STC 214/1989, de 21 de diciembre), constituye una competencia residual a favor de los municipios cuya extensión est  en estrecha dependencia con el detalle con que hayan sido definidas y atribuidas las competencias de gestión en esta materia como propias a los municipios y al resto de administraciones públicas por parte del legislador sectorial.

Si la cláusula residual prevista en favor de los municipios en el citado párrafo segundo de la disposición transitoria segunda de la LRBRL les habilita para realizar tareas de ejecución en materia de protección ambiental en lo no atribuido a otras administraciones, resulta pertinente preguntarse por el alcance de las actividades complementarias en materia de protección ambiental que, como quedó anotado, habilita el artículo 28 de la LRBRL a los municipios para su realización. Pues bien, si a las competencias de ejecución, en los términos vistos, se refiere la tan repetida disposición transitoria segunda, párrafo segundo, debe necesariamente convenirse que el artículo 28 hace referencia a otras “actividades” municipales diferentes a las reconducibles a la función ejecutiva, actividades que, consecuentemente, han de constituir la manifestación de la potestad reglamentaria

municipal para la protección del medio ambiente; así lo han advertido algunos autores (L. Ortega Álvarez y J.M. Castells Arteché), al afirmar que el artículo 28 de la LRBRL constituye el título habilitante de la potestad reglamentaria local en las materias que expresamente cita, sin necesidad de que el legislador sectorial, sea el estatal o autonómico, otorgue expresa habilitación.

A nuestro juicio, esta interpretación del artículo 28 de la LRBRL se refuerza con algunas manifestaciones jurisprudenciales en las que se ha reconocido como legítimo el ejercicio de potestades normativas municipales en materias relacionadas con la protección del medio ambiente, sobre la base de la potestad reglamentaria de que son titulares los municipios [artículo 4.1.a) de la LRBRL] y de la atribución competencial que, en los términos que conocemos, otorga a los municipios el artículo 25.2 del mismo texto legal para intervenir en ciertas materias de trascendencia ambiental [entre otras, las STS de 20 de marzo de 1987, Aranzadi 3528, de 22 de junio de 1994, Aranzadi 5092, y de 6 de febrero de 1996, Aranzadi 1098, o la más reciente y fundada STS de 26 de julio de 2006 (TOL 1.000.224) y, en particular, con referencia a Castilla y León, las STSJ de esta comunidad, sede en Valladolid, de 7 de octubre de 2003, sede en Burgos, de 3 de enero de 2005, y sede en Valladolid, de 23 de diciembre de 2006].

El artículo 28 de la LRBRL, pues, otorga habilitación a los municipios para disciplinar mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria la protección del medio ambiente de su término municipal, competencia que ha de ejercerse dentro de los límites en que opera esta potestad, esto es, con sometimiento a lo dispuesto en las leyes (artículo 55 del TRRL/1986), sean estatales o autonómicas, y demás limitaciones constitucionales, como son las impuestas por el específico sistema de integración normativa derivado del reparto competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de protección ambiental. De esta forma, la actuación municipal a través de la aprobación de ordenanzas de incidencia en la protección ambiental está llamada a colmar las lagunas de la regulación existente o a mejorar aspectos ya regulados por la legislación sectorial o ambiental de origen estatal o autonómica, sin que las ordenanzas puedan suponer vulneración alguna de lo dispuesto en las leyes o reglamentos de desarrollo de las mismas, que operarían a modo de vinculación negativa (A. Embid Irujo), o incorporar *per saltum* normas reglamentarias a partir de la legislación básica estatal cuando su desarrollo esté expresamente atribuido a la comunidad autónoma, como evidencia la STS de 19 de enero de 2001 (Aranzadi 1578), que, aunque referida a un decreto foral, ofrece suficientes argumentos para advertir

de los límites que el ente local, sea un municipio u otro ente local titular de la potestad reglamentaria, debe respetar para ejercer válidamente esta potestad cuando pretenda incidir en una materia sometida a reparto competencial sin que sus titulares, señaladamente las comunidades autónomas, hayan procedido a su regulación en los términos de dicho reparto; en concreto, en la sentencia de referencia, el alto tribunal acoge el argumento manejado por la sentencia de instancia, conforme al cual la Diputación Foral, al ampliar la relación de actividades agropecuarias y forestales sometidas a evaluación de impacto ambiental prevista en la legislación estatal, no se limitaba a su ejecución sino que procedía a su desarrollo, contrariando la delimitación competencial existente en la materia, pues el desarrollo normativo de la legislación básica estatal o la posibilidad de dictar normas adicionales de protección corresponde a la comunidad autónoma, lo cual, sin perjuicio, además, de la carencia de rango de la disposición foral impugnada para someter a evaluación de impacto ambiental otros proyectos no relacionados por el Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, determinó su anulación.

Surge, no obstante, la duda acerca de si mediante ordenanzas dictadas ex artículo 28 de la LRBRL, para lo que, en materia de protección ambiental, están habilitados los municipios en los términos señalados, pueden éstos tipificar infracciones y sanciones, posibilidad frente a la que se alza el principio de legalidad impuesto por el artículo 25 de la CE (STS de 6 de febrero de 1996, Aranzadi 1098), pero que, sin embargo, encuentra también un razonable argumento a su favor en el hecho de que una disposición –y las ordenanzas lo son– sin consecuencia alguna ante el incumplimiento adolece absolutamente de eficacia, por lo que, si así fuera, la ordenanza local sería algo distinto a una norma jurídica. Esta aparente contradicción, que no es ajena a los desvelos de la doctrina (A. Nieto García), ha llevado al Tribunal Supremo a afirmar que “las ordenanzas locales tienen abierta la posibilidad de tipificar infracciones y sanciones, aunque no por supuesto en forma genérica e indiscriminada. Tal tipificación no podrá hacerse si anteriormente se ha efectuado ya por ley estatal o autonómica. En cualquier caso, al llevar a cabo la tipificación no pueden aprobarse preceptos contrarios a las leyes. Por lo demás, la tipificación de que se habla no podrá hacerse por ordenanza obviamente más que en el supuesto de que se trate de la ordenación del uso de bienes o la organización de servicios que supongan potestades implícitas (el primero es el caso de la policía de dominio público referido a las vías urbanas que ahora nos ocupan) o en aquellos casos de compe-

tencia compartida en los que el ente superior, Estado o comunidad autónoma, no haya hecho uso de su potestad legislativa con esta finalidad" [STS de 29 de septiembre de 2003 (TOL 314.409)], a lo que cabe añadir que, justamente, este último supuesto dota de cobertura a los municipios para incorporar disposiciones sancionadoras en materia de protección ambiental, respetando en todo caso los límites derivados de la propia doctrina jurisprudencial que emana de dicha sentencia.

A lo señalado cabe añadir la referencia que para el ejercicio de la potestad normativa municipal en materia sancionadora constituye lo dispuesto en los artículos 139 a 141 de la LRBRL, incorporados a ésta mediante la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local.

1.2. Las provincias

La LRBRL, aun adoptando el mismo punto de partida para resolver la atribución competencial a los municipios y a las provincias mediante la remisión a lo que disponga la legislación sectorial, es lo cierto que cuando se refiere a éstas les atribuye expresamente el cumplimiento de ciertos fines propios y específicos (garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipal, en particular, asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal, así como participar en la coordinación de la Administración local con la de la comunidad autónoma y la del Estado, artículo 31.2 de la LRBRL) y les otorga lo que el artículo 36.1 de la ley básica local califica como competencias propias, en todo caso, de las diputaciones provinciales, es decir, indisponibles para el legislador sectorial, competencias cuya cita ya se realizó páginas atrás. La referencia a fines y competencias de las provincias no va acompañada, sin embargo, de ninguna indicación de materias en las que, en los términos que prevea el legislador estatal o autonómico, deban intervenir las administraciones provinciales, referencia que, con sólo recordar el contenido del artículo 25.2 de la LRBRL, advertimos que sí se hace en relación con los municipios.

No obstante esta primera aproximación mediante la que hemos puesto de relieve la ausencia de una relación de materias en cuya gestión hayan de intervenir las entidades provinciales, con ella no podemos concluir que la LRBRL no ofrece pauta alguna para reconocer determinados ámbitos materiales en los que han de intervenir estas administraciones. En efecto, aunque no sea necesario para nuestros objetivos glosar las previsiones que la LRBRL contiene sobre los fines y competencias de las provincias, es

indiscutible que su existencia misma se justifica en el ejercicio de tareas de apoyo a los municipios (J. Leguina Villa), apoyo que se puede manifestar en formas muy variadas, desde asistencia y cooperación con los municipios hasta la coordinación de los servicios que éstos prestan o, incluso, la prestación directa de servicios supramunicipales; pero, en todo caso, esas tareas han de proyectarse sobre materias de competencia municipal, materias que, por imperativos del artículo 25 de la LRBRL, tienen que ser, además de otras posibles y en los términos que prevea la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, las que expresamente incluye el citado artículo 25.2, por lo que con absoluta fiabilidad se ha de deducir que sobre todas estas materias pueden y deben las administraciones provinciales ejercer sus competencias (artículo 36 de la LRBRL) con objeto de cumplir los fines impuestos por el artículo 31.2 del mismo texto legal. Dicho de otra forma, en aquellas materias en que son competentes los municipios, también lo son las diputaciones en orden al cumplimiento de sus fines institucionales, por lo que, sin necesidad de reiterar ahora lo expuesto con anterioridad sobre las competencias de los municipios y las materias sobre las que han de proyectarse, debemos concluir ahora afirmando que la protección del medio ambiente, en cuanto que es una materia de gestión municipal, según quedó razonado anteriormente, también forma parte del cúmulo de materias en las que deben intervenir las diputaciones en tanto que instituciones que en gran medida se justifican en la realización de tareas de apoyo al municipio en la gestión de sus competencias.

En la línea de lo anterior y, por tanto, reforzando las conclusiones a que conducen los argumentos expuestos, el artículo 26.3 de la LRBRL dispone que "La asistencia de las diputaciones a los municipios, prevista en el artículo 36, se dirigirá preferentemente al establecimiento y adecuada prestación de los servicios públicos mínimos"; es decir, las tareas de apoyo a los municipios que corresponden a las diputaciones tienen especial rigor cuando se trata de la prestación de los servicios públicos que, en función de la población, deben prestar los municipios por sí o asociados (artículo 26.1 de la LRBRL), servicios mínimos y de obligatoria prestación que, en algunos casos, como ya se indicó en otro lugar de este mismo capítulo, están estrechamente relacionados con la protección del medio ambiente (recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado, prevención y extinción de incendios...), por lo que esta materia, al no ser ajena a las obligaciones prestacionales del municipio, no lo es tampoco a las competencias provinciales.

2. El papel de las corporaciones locales de Castilla y León en la protección del medio ambiente

2.1. Aproximación

Para abordar las cuestiones que integran el rótulo que precede ha de partirse de lo ya expuesto, es decir, del sistema que el legislador de 1985 diseñó a través de diversas previsiones de la LRBRL para atribuir a los entes locales responsabilidades públicas, en nuestro caso, en lo que a la protección del medio ambiente se refiere. Conforme al mismo, son los legisladores estatal y autonómicos los que fijan en atención a las competencias normativas que uno y otros ostentan, por reserva constitucional o asunción estatutaria, los ámbitos competenciales de responsabilidad local, en particular, como vimos, de los municipios, las provincias y las islas; por tanto, como deducción lógica para los municipios y provincias de la Comunidad de Castilla y León, sus competencias en materia de protección ambiental son las que les sean atribuidas en cada momento por la legislación estatal o por la propia de la comunidad, sin perjuicio, además, de las obligaciones municipales de prestar ciertos servicios mínimos que, en algunos casos, son de indudable trascendencia para la protección del medio ambiente, o, por último, de la ya considerada virtualidad que despliega el artículo 28 de la LRBRL como previsión habilitante para los municipios de competencias complementarias en materia de protección ambiental.

Además de estos mecanismos de atribución competencial, los municipios y provincias y otras entidades locales pueden gestionar competencias recibidas mediante delegación de su titular e, incluso, transferidas en su misma titularidad, o, en fin, mediante otros medios de análogos efectos que suponen, en todo caso, una ampliación del haz de competencias en los destinatarios del trasvase competencial, cuyo fundamento se halla en la legislación básica de régimen local, pero cuya operativa obedece a la aplicación de las previsiones autonómicas de desarrollo de aquélla. Tratándose de Castilla y León, los instrumentos de ampliación competencial de los entes locales mediante transferencia de la titularidad de las funciones o a través de la delegación del ejercicio están regulados en el artículo 50 del Estatuto de autonomía de Castilla y León, en su redacción posterior a la reforma llevada a cabo en el mismo por la Ley orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, y en los artículos 83 y siguientes de la Ley 1/1998, de 4 de junio, de régimen local de Castilla y León, cuyas disposiciones constituyen el marco normativo al que aquellos instrumentos han de ajustarse. A lo que hay que añadir la voluntad política a favor de la descentralización de

competencias desde la Administración autonómica a las entidades locales que expresa el llamado Pacto Local, acordado por el Consejo de Gobierno de Castilla y León el 3 de noviembre de 2005.

Finalmente, aunque ahora no se pretenda otra cosa que una primera aproximación al papel de las entidades locales de Castilla y León en la protección del medio ambiente, no podemos pasar por alto la existencia de otros entes locales distintos a los municipios y provincias que, como las mancomunidades de municipios y otras entidades asociativas, están llamadas a gestionar competencias y prestar servicios que, repitiendo lo tantas veces señalado, pueden ser de trascendencia para la conservación, mejora y protección del ambiente; o las entidades locales menores que, como titulares o como delegatarias, también han de prestar servicios que sirvan a la tutela ambiental; o bien las entidades metropolitanas, de ser creadas en el futuro, o la hoy existente comarca de El Bierzo, cuyas competencias tampoco son ajenas a la protección del medio ambiente.

2.2. Municipios y provincias

Tratar de conocer la posición que ocupan los municipios y provincias de Castilla y León en lo que a la función pública de protección ambiental se refiere precisa, a partir de las reglas expuestas bajo el rótulo "El sistema de atribución competencial..." en páginas anteriores, revisar la legislación estatal y, sobre todo, la autonómica, pues una y otra son, como sabemos, las encargadas de fijar las competencias municipales y provinciales en la materia, bien sea a través de leyes específicamente formuladas para proteger el medio ambiente o bien mediante leyes reguladoras de los sectores o recursos naturales que integran el ambiente. El resultado de esta atribución competencial constituye lo que se denominan *competencias propias*, diferentes, al menos conceptualmente, de las que mediante norma específica sean delegadas o transferidas a favor de aquellos entes locales.

Antes de exponer los hitos competenciales de responsabilidad local en materia de protección ambiental aplicables en Castilla y León, debemos advertir nuevamente que la disposición transitoria segunda, párrafo primero, de la LRBRL establece que los municipios y provincias conservarán las competencias atribuidas por las normas vigentes en el momento de su aprobación mientras no sean desplazadas por otras aprobadas por el Estado o las comunidades autónomas conforme al sistema de atribución competencial previsto por la propia LRBRL. Al haber transcurrido más de veinte años desde la aprobación de la ley básica local, el sistema de atribución competencial dispuesto en ella está ya muy desarrollado,

por lo que son cada vez menos las normas atributivas de competencias a los entes locales en materia de protección ambiental aprobadas con anterioridad a la LRBRL que continúan desplegando sus efectos al no haber sido derogadas por el Estado o desplazadas en su totalidad por todas las comunidades autónomas en sus respectivos territorios. Hasta no hace mucho tiempo, el ejemplo quizás más ilustrativo de lo contrario lo ofrecía la legislación de protección del ambiente atmosférico, sector en el que hasta la reciente aprobación de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y de protección de la atmósfera, ha estado en vigor la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico, norma en la que se encontraban numerosas previsiones atributivas de competencias a los entes locales en la materia que regulaba, cuya aplicación encontraba cobertura en la citada disposición transitoria segunda de la LRBRL.

Realizada la consideración anterior, hay que advertir que desde el año 1985, en que se aprobó la LRBRL, hasta hoy se ha producido una amplísima renovación normativa en el ordenamiento jurídico español, en el cual están teniendo un singular protagonismo las comunidades autónomas, de entre las que no es una excepción Castilla y León y, en particular, en lo que a la normativa de protección ambiental se refiere. Es por ello que, además de la necesaria consulta de las leyes básicas en la materia, en cuanto que en ellas, como ya indicamos anteriormente, el Estado debe “determinar las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los entes locales en las materias que regulen” (artículo 2.2 de la LRBRL), el grueso de las responsabilidades de los municipios y provincias en la protección ambiental obedece a la legislación autonómica, por lo que su consideración a los efectos que nos ocupan es fundamental.

Constituyen algunos buenos ejemplos, pero no únicos, de leyes estatales atributivas de competencias a las entidades locales en la tutela ambiental la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, cuyo artículo 42.2 dispone la participación de las corporaciones locales en los órganos de dirección de las áreas de salud, y el apartado siguiente de ese mismo artículo atribuye a los ayuntamientos un amplio listado de “responsabilidades mínimas en relación con el obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios”, entre los que se citan un buen número de servicios de trascendencia ambiental y claramente influyentes en la calidad de vida del vecindario; así como la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, cuyo artículo 4.3 establece que: “Las entidades locales serán competentes para la gestión de los residuos urbanos, en los términos establecidos en esta Ley y en las que, en su

caso, dicten las comunidades autónomas. Corresponde a los municipios, como servicio obligatorio, la recogida, el transporte y, al menos, la eliminación de los residuos urbanos, en la forma en que establezcan las respectivas ordenanzas”; de entre las disposiciones de esta Ley a que se remite el precepto citado destaca el artículo 20, en el que se pormenoriza el papel de los municipios en la recogida y gestión de los residuos urbanos. Como previsión, también, relativa a la competencia municipal de gestión de residuos, es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases, en el que se determina la participación de las entidades locales mediante convenios en la gestión de estos residuos. Por último, cabe recordar también lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido, a cuyo tenor “Corresponde a los ayuntamientos aprobar ordenanzas en relación con las materias objeto de esta Ley. Asimismo, los ayuntamientos deberán adaptar las ordenanzas y el planeamiento urbanístico a las disposiciones de esta Ley y de sus normas de desarrollo”, lo cual no es sino el reconocimiento de un ámbito de actuación a los municipios en una materia de estricta relación con el medio ambiente.

En la línea de lo mantenido más arriba, reiteramos ahora nuevamente que el núcleo de las competencias atribuidas a los municipios y provincias de la comunidad en materia de protección ambiental obedece a disposiciones de origen autonómico. Comprobar este aserto resultaría sencillo si sencilla fuera la revisión de la ya amplia normativa de tutela ambiental aprobada por el legislador autonómico con base en las competencias asumidas por la comunidad a través del Estatuto de autonomía. Sirva por ello una simple aproximación a los ejemplos más relevantes.

En relación con la gestión de los servicios en los que, en todo caso, han de intervenir los municipios (artículo 25.2 de la LRBRL), incluso considerados mínimos o de prestación obligatoria (artículo 26.1 de la LRBRL), como son el abastecimiento de agua y el alcantarillado o el saneamiento, la Comunidad de Castilla y León ha dispuesto un plan director de infraestructuras hidráulicas urbanas, aprobado por el Decreto 151/1994, de 7 de julio, en el que se integran un plan regional de abastecimiento y un plan regional de saneamiento, en los cuales se perfilan las líneas de acción para que los municipios y, por extensión, las diputaciones en el marco de los que constituyen sus instrumentos de actuación, atiendan sus respectivas responsabilidades. En materia de espacios naturales protegidos, de la consulta de la Ley 8/1991, de 10 de mayo, de espacios naturales de la Comunidad de Castilla y León, y del Decreto

258/2000, de 30 de noviembre, por el que se regula la composición del Consejo Regional de Espacios Naturales Protegidos de Castilla y León, así como del ya abultado número de leyes y decretos de declaración de espacios naturales protegidos según las diversas categorías existentes, advertimos que a los entes locales se les permite personarse en los procedimientos administrativos previos a la declaración, así como participar en los órganos asesores, o participar también en la elaboración de los instrumentos de gestión del espacio natural. En la Ley 5/1994, de 16 de mayo, de fomento de los montes arbolados, y demás normas aprobadas en la materia, cuya cita, por extensa, resulta excusable, hallamos previsiones que afectan a las entidades locales, como la dispuesta por el artículo 5 de la Ley citada con referencia a la declaración de "área de urgente actuación forestal", o como la establecida en el artículo 4 del Decreto 63/1985, de 27 de junio, sobre prevención y extinción de incendios forestales, con referencia a las competencias del alcalde. En los sectores de la caza y de la pesca, encabezados respectivamente por la Ley 4/1996, de 12 de julio, de caza, de Castilla y León (LCCyL), y la Ley 6/1992, de 18 de diciembre, de protección de los ecosistemas acuáticos y de regulación de la pesca en Castilla y León (LPCyL), también encontramos referencias, aunque escasas, a la participación municipal en su gestión mediante tareas de vigilancia de la policía local (artículo 68 de la LCCyL), depósito de piezas decomisadas (artículo 83 de la LCCyL), distribución del cupo de cazadores vecinos (artículo 13 de la LCCyL), o entrega de las piezas de pesca ocupadas a la Alcaldía (artículo 68 de la LPCyL). En materia de residuos, ahora con referencia a la normativa de la comunidad en cuanto delimitadora de la posición de las entidades locales en la prestación de los servicios relativos a su gestión, son de preceptiva consideración el Decreto 90/1990, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Plan director regional de gestión de residuos sólidos urbanos de la Comunidad de Castilla y León, modificado por el Decreto 50/1998, de 5 de marzo; el Decreto 204/1994, de 15 de septiembre, de ordenación de la gestión de los residuos sanitarios, y el Decreto 59/1999, de 31 de marzo, por el que se regula la gestión de los neumáticos usados.

No es este el lugar indicado para exponer el papel que la legislación autonómica del suelo atribuye a las entidades locales de la comunidad –que es determinante, sobre todo, el de los municipios–, tanto para la elaboración y, en algunos casos, aprobación de los instrumentos de planeamiento, como en la gestión de los mismos y en la intervención en los usos del suelo, papel que, dada la estrecha imbricación entre el urbanismo y la protección ambiental, también es muy relevante en lo que a esta última función pública se

refiere. Abundar en esta afirmación mediante las correspondientes llamadas a las previsiones de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León (LUCyL), y su reglamento de desarrollo, aprobado por el Decreto 22/2004, de 29 de enero, excedería de lo que aquí se pretende; bástenos a nuestros efectos la toma en consideración de las normas de dicha Ley referidas al contenido, elaboración y aprobación de los planes, en cuanto que en éstos, con una u otra intensidad, deben incluirse previsiones de protección ambiental (artículo 36.2 de la LUCyL), y en su elaboración están llamados a intervenir activamente los ayuntamientos (artículos 50 y ss. de la LUCyL), así como su aprobación, en algunos casos, está reservada a los mismos (artículo 55 de la LUCyL); o de las normas reguladoras de la licencia urbanística (artículos 97 y ss. de la LUCyL), en cuanto que con este control se pretende verificar que los actos de uso del suelo sometidos a la misma se ajustan a las determinaciones urbanísticas existentes, de las cuales buena parte obedecen a la voluntad de proteger el medio ambiente; licencia cuyo otorgamiento o denegación forma parte de las atribuciones del alcalde, salvo que esté conferida expresamente al Pleno o a la Comisión de Gobierno [artículo 21.1.q) de la LRRL], todo ello sin perjuicio de la eventual intervención de la Diputación Provincial ex artículo 99 de la LUCyL.

Para poner fin a esta sucinta referencia de las normas autonómicas atributivas de competencias a los municipios y provincias de la comunidad en materia de protección ambiental, consideramos ahora la normativa de actividades clasificadas, que en Castilla y León ha estado representada, hasta su derogación por la Ley 11/2003, de 8 de abril, de prevención ambiental de Castilla y León, fundamentalmente por la Ley 5/1993, de 21 de octubre, y el reglamento para su aplicación, aprobado por medio del Decreto 159/1994, de 14 de julio, todavía en vigor. En dicha normativa de actividades clasificadas, siguiendo la tradición representada por el Reglamento de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas del año 1961, hoy derogado por la disposición derogatoria única de la citada y reciente Ley estatal de protección de la calidad del aire y de protección de la atmósfera, se ponían a disposición de los alcaldes competencias decisorias en el otorgamiento o denegación de las licencias de actividad y de apertura, dentro de los límites derivados de la intervención de la Administración autonómica a través de las comisiones provinciales o regionales de actividades clasificadas, en lo que se refiere a la licencia de actividad.

Una vez aprobada la Ley de prevención ambiental de Castilla y León, es ésta la que determina el papel a desempeñar por la Administración municipal en el otorgamiento de licencias y autorizaciones dentro de

las limitaciones impuestas por la legislación básica del Estado, señaladamente en lo que se refiere a la autorización ambiental y la licencia ambiental, al régimen de comunicaciones, y en general en todo lo relativo a la aplicación de la Ley citada. Además de lo indicado, ha de advertirse que, conforme prevé la disposición adicional primera de esta misma Ley, “la Junta de Castilla y León podrá delegar, mediante decreto, el ejercicio de sus competencias en materia de calificación e informe por parte de las comisiones territoriales de prevención ambiental respecto a las actividades sujetas a licencia ambiental, en los ayuntamientos que cuenten con instrumentos de planeamiento general, así como en las comarcas legalmente reconocidas, siempre que los mismos cuenten con servicios técnicos adecuados y previa petición expresa de éstos”, lo cual, en definitiva, viene a ser un mecanismo de atribución competencial a determinados entes locales para la realización de tareas relativas a la gestión del medio ambiente, mecanismo de delegación del que el Consejo de Gobierno de la comunidad ha hecho uso ya en buen número de ocasiones, aprobando para ello los correspondientes decretos de delegación.

2.3. Otros entes locales. La comarca de El Bierzo

El análisis del papel de las entidades locales de Castilla y León en la protección ambiental quedaría incompleto si no se hicieran las indicaciones precisas en relación con otros entes locales distintos de los municipios y provincias que, perfilados en sus aspectos básicos por los artículos 42 a 45 de la LRBRL, se hallan regulados en el ordenamiento local de la comunidad, concretamente en los artículos 29 y siguientes de la Ley 1/1998, de 4 de junio, de régimen local de Castilla y León. Nos estamos refiriendo a las mancomunidades, áreas metropolitanas, comarcas y entidades locales menores, algunas de las cuales, concretamente las mancomunidades y las entidades locales menores, además, integran una parte importante del entramado organizativo local de la comunidad.

En las primeras, las mancomunidades, su objeto, según determinación de su propio Estatuto, ha de ser la ejecución de obras y servicios de competencia municipal; por lo tanto, el marco de actuación de las mancomunidades en materia de protección ambiental se sitúa, en todo caso, dentro de los límites competenciales de los municipios en esta materia, límites que, como ya conocemos, vienen determinados por el sistema de atribución competencial expuesto. Sin caer en reiteraciones, parece, sin embargo, oportuno incidir ahora en el papel llamado a desempeñar por las mancomunidades de municipios en el establecimiento y prestación de los servicios municipales obligatorios, máxime cuando el propio artículo 26.1 de la

LRBRL establece la obligación de prestar ciertos servicios mínimos a los municipios “por sí o asociados”, servicios cuya relevancia ambiental en muchos casos, como hemos puesto de manifiesto, es inequívoca. La realidad, por otro lado, marcada en Castilla y León por el abultado número de municipios de exigua población, ha impulsado la constitución de mancomunidades municipales para la prestación de esta suerte de servicios públicos, por lo que resulta obligado deducir de lo señalado las amplias responsabilidades que, conforme a sus propios estatutos, soportan estas entidades locales en Castilla y León en materia de protección ambiental. Las competencias que ejercen las mancomunidades con motivo de la prestación de algunos servicios municipales obligatorios no son las únicas que pueden ostentar en la materia, pues en los términos que disponga la ley de transferencia o el decreto de delegación, las Cortes o el Gobierno de la comunidad pueden transferir o delegar funciones y competencias en favor, entre otras entidades locales, también de las mancomunidades de municipios [artículo 84.1.e) de la Ley de régimen local de Castilla y León]. Finalmente, con las particularidades derivadas de los específicos regímenes forjados en el tiempo, lo señalado en relación con las mancomunidades es aplicable para las entidades asociativas tradicionales a las que se refieren los artículos 42, 43 y 44 de la Ley de régimen local de Castilla y León, pues bien como entidades asociativas encargadas de ejecutar obras o prestar servicios de competencia municipal, o bien en cuanto posibles beneficiarias de transferencias o delegaciones de funciones y competencias autonómicas, también pueden implicarse sin estridencia alguna en la tutela ambiental.

Aunque por el momento sólo está prevista su posible creación, las entidades metropolitanas, de llegar a ser creadas en la comunidad, también pueden asumir competencias en la materia que nos ocupa, bien mediante la propia ley de creación [artículo 47.c)] o bien mediante transferencia o delegación [artículo 84.1.e)], según disponen ambos preceptos de la Ley de régimen local de Castilla y León.

Por su importancia numérica en la comunidad, sobre todo en la mitad norte de la misma, y también debido a su tradición, y pese a su progresiva pérdida de peso en la organización local de la región a causa de la creciente despoblación del medio rural y, en particular, de los núcleos más pequeños, es obligado hacer algunas consideraciones sobre el papel de las entidades locales menores en la protección del ambiente. De su régimen se ocupa el título VII de la Ley de régimen local de Castilla y León, cuyo artículo 50 hace referencia al ámbito competencial de estos entes locales, el cual, siguiendo el esquema impuesto por la legislación básica, se nutre de competencias

propias y, eventualmente, delegadas. En las primeras se incluyen algunas como la administración y conservación del patrimonio forestal, y otras como la conservación y limpieza de vías urbanas, caminos rurales, fuentes, lavaderos y abrevaderos, todas ellas, con mayor o menor intensidad, relacionadas con la protección del medio; a estas competencias propias y a las recibidas mediante delegación expresa del ayuntamiento del municipio en que se integra la entidad menor, se pueden incorporar la ejecución de obras o prestación de servicios en el ámbito territorial de la propia entidad local. De lo que ha quedado señalado siguiendo lo dispuesto en el citado artículo 50, formalmente al menos, debe deducirse un papel activo de las entidades locales menores en la protección ambiental; la realidad, sin embargo, puede ser bien distinta debido a la despoblación, casi abandono, en que se hallan una buena parte de ellas, por lo que confiar sin más en estas entidades locales la conservación y administración del patrimonio forestal, como hace el artículo 50, puede no ser realista y, por ello, entrañar indudables riesgos.

En el marco de la atención que estamos prestando a las competencias en materia de protección ambiental de los denominados *entes locales complejos* (R. Martín Mateo), consideramos a continuación el papel de las comarcas, lo cual viene obligado no sólo porque el artículo 46 del Estatuto de autonomía de Castilla y León esté dedicado a la comarca, a la que configura en una doble vertiente de agrupación voluntaria de municipios limítrofes con características geográficas, económicas, sociales e históricas afines, así como, en su caso, circunscripción administrativa de la Junta de Castilla y León para el cumplimiento de sus fines, sino porque hace ahora más de quince años que por la Ley 1/1991, de 14 de marzo, de la Comunidad de Castilla y León, fue creada y dotada de regulación la comarca de El Bierzo, ente comarcal al que, en su última reforma de 2007, el Estatuto de autonomía contempla expresamente y abre el camino a una regulación específica, mediante ley, en la que se tengan en cuenta sus singularidades y su trayectoria institucional.

Señalado lo anterior, la verificación de las responsabilidades potenciales y reales del ente comarcal que nos ocupa, en lo que a la protección del medio ambiente se refiere pasa por conocer las claves del sistema de atribución competencial a la misma prevista en su ley autonómica de creación, una vez que el propio Tribunal Constitucional en la STC 214/1989, de 21 de diciembre, afirmara que las entidades locales no territoriales y, entre ellas, las comarcas, por “su fuerte grado de interiorización autonómica, en la determinación de sus niveles competenciales, el Estado no puede sino quedar al margen”.

Pues bien, lo primero que se advierte es que el sistema de atribución competencial a la comarca de El Bierzo no es muy diferente del establecido para los municipios en la ley básica local; de esta forma, aun sin serle reconocido el derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten al círculo de sus intereses, por ser algo sólo inherente a los llamados *entes locales de carácter territorial* (municipios, provincias e islas), la comarca de El Bierzo ejercerá las competencias que le atribuyan las leyes reguladoras de los distintos sectores de la acción pública sobre una serie de materias, cuya relación, contenida en el artículo 4 de la citada Ley 1/1991, de creación y regulación de la misma, incluye expresamente el medio ambiente y otras estrechamente relacionadas con esta materia, como la salubridad pública, ordenación del territorio y urbanismo, turismo, montes, minería y energía. Además, sin perjuicio de que la legislación autonómica deba perfilar el ámbito competencial de este ente comarcal a través de la legislación sectorial, la propia ley de creación y regulación de la comarca no sólo prevé este modelo de atribución competencial diferida, sino que ella misma en su artículo 5 posibilita que la comarca realice algunas obras o preste ciertos servicios en todo o parte de su ámbito territorial (textualmente: “los de interés comarcal”, “los complementarios de los municipios” y “los de competencia municipal cuando su realización o prestación resulte imposible o muy difícil para el municipio y razones de economía y eficacia así lo aconsejen”). La comarca de El Bierzo puede, pues, recibir competencias a través de la legislación sectorial autonómica e, incluso, en el marco de sus disponibilidades presupuestarias, realizar obras o prestar servicios como los citados; este círculo de responsabilidades comarcales puede también verse ampliado a través de transferencias o delegaciones autonómicas [artículo 6 de la Ley 1/1991, y artículo 84.1.d) de la Ley 1/1998, de 4 de junio, de régimen local de Castilla y León], o mediante transferencia y delegación de competencias provinciales (artículo 9 de la Ley 1/1991), y, por último, a través de competencias delegadas por los municipios comarcalizados (artículo 7 de la Ley 1/1991). No es este el lugar adecuado, dado los objetivos de estas reflexiones, de abundar en los mecanismos de atribución competencial a la comarca de El Bierzo, lo que probablemente nos llevaría a cuestionar su existencia en el ya abigarrado panorama administrativo formado por diferentes entes públicos llamados a desplegar sus competencias, en muchos casos inextricablemente unidas, sobre un mismo territorio y al servicio de una misma población, y, más aún, también nos conduciría a reflexionar acerca de los eventuales problemas que podrían derivarse de la comarcalización de la región. Lo que sí nos corres-

ponde, sin embargo, es constatar que la implicación de la comarca de El Bierzo en la protección ambiental ha de venir atribuida a través de algunos de los mecanismos enunciados; particularmente, mediante las leyes autonómicas que tengan por objeto la protección de algunos de los sectores que integran el medio ambiente, o bien, específicamente, a través de transferencias o delegaciones por parte de la propia comunidad autónoma. Como ejemplo de la atribución competencial a la comarca de El Bierzo en materia de protección ambiental debe ser considerado el Decreto 55/2005, de 14 de julio, de delegación del ejercicio de determinadas funciones en materia de medio natural, norma que está permitiendo al ente comarcal ejercer tareas de repoblación forestal, tratamientos silvícolas, prevención de incendios y la adecuación de espacios recreativos.

Nota bibliográfica

CARCELLER FERNÁNDEZ, A. "La Ley de protección del ambiente atmosférico y las corporaciones locales", *REVL*, 178, p. 235 y ss.

CASTELLS ARTECHE, J.M. "Responsabilidades municipales en el ámbito del medio ambiente", *RVAP*, 41, p. 401 y ss.

DOMPER FERRANDO, J. *El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, vol. II, Civitas, Madrid, 1992.

EMBED IRUJO, A.: "Ordenanzas y reglamentos municipales", en *Tratado de Derecho Municipal I*, director S. Muñoz Machado, Civitas, 2ª edición, Madrid, 2003, p. 507 y ss.

LEGUINA VILLA, J. "La autonomía de municipios y provincias en la nueva Ley básica de régimen local", *REALA*, 227, p. 431 y ss.

MARTIN MATEO, R. *Entes locales complejos*, Trivium, Madrid, 1987.

–*Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Trivium, Madrid, 1991.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. "Administración local y medio ambiente", en *Derecho del medio ambiente y Administración local*, coordinador J. Esteve Pardo, Civitas, Madrid, 1996, p. 23 y ss.

NIETO GARCÍA, A. *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1994.

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

QUINTANA LÓPEZ, T. "Las comarcas en Castilla y León. La comarca de El Bierzo", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 3, p. 139 y ss.

–"Las diputaciones provinciales en la Comunidad de Castilla y León", en *La provincia en el Estado de las autonomías*, Diputación de Barcelona/Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 157 y ss.

–"Las diputaciones en Castilla y León. Balance y perspectivas", *Revista de Estudios de la Administración Local*, 285, 2001, p. 97 y ss.

–*El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*, Civitas, Madrid, 1987.

QUINTANA LÓPEZ, T.; CASARES MARCOS, A. *La legislación ambiental aplicable en Castilla y León*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

SOSA WAGNER, F.; MIGUEL GARCÍA, P. *Las competencias de las corporaciones locales*, IEAL, Madrid, 1985. ■

El régimen del silencio administrativo

1. Introducción.
 2. Nociones tradicionales.
 3. El régimen superado.
 4. Regulación vigente.
 5. Algunas consideraciones sobre el silencio negativo.
 6. Ciertas cuestiones acerca del silencio positivo.
 - 6.1. El ámbito del silencio positivo como acto administrativo.
 - 6.2. El silencio administrativo positivo *contra legem*.
 - 6.3. La postura del Tribunal Supremo: STS de 27 de abril de 2007.
 - 6.4. El silencio positivo en la contratación.
 7. El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo en los supuestos de silencio administrativo negativo.
 - 7.1. Planteamiento doctrinal.
 - 7.2. La doctrina del Tribunal Constitucional.
 - 7.3. La doctrina del Tribunal Supremo.
- Bibliografía.

M^a. Pilar Galindo Morell
Magistrada

1. Introducción

Traducían *Las Partidas* la vieja máxima de Paulo (“*qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare*”; Digesto, lib. L., tít. XVII, ley 142) de la siguiente manera: “*aquel que calla non se entiende que siempre otorga lo quel dicen, maguer non responde; mas esto es verdad, que non niegue lo que oye*” (Part. VII, tít. XXXIV, ley 23), esto es, el que calla es cierto que no confiesa, pero también es verdad que no niega. Esta regla, relativa a la cuestión del significado del silencio para el Derecho privado, es cierto que no aclara mucho y tiene más de escepticismo que de solución legal. Pero contempla las dos alternativas posibles a la hora de atribuir un significado jurídico al silencio que mantiene quien está obligado a manifestarse, por existir el deber jurídico de hacerlo o una norma que impone la obligación de dar una respuesta expresa y motivada.

Así sucede en el ámbito al que pertenece este breve análisis pues, en efecto, en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos es necesario asignar un valor o significado jurídico al silencio de la Administración cuando, estando como lo está obligada a ello, no resuelve expresamente y con motivación las peticiones que le son formuladas o los procedimientos que inicia de oficio. Esa significación jurídica tiene mucho, como veremos, de ficción legal y se concreta en esas dos alternativas en función de la naturaleza y contenido de los derechos en juego: o bien se adjudica al silencio un sentido positivo (el que calla otorga; “*qui tacet videtur consentire*”) o bien negativo (el que calla se entiende que no consiente).

Es necesario, en efecto, atribuir un significado jurídico a la ausencia de acto administrativo en el plazo legal, y en garantía del derecho del administrado, que no puede quedar a merced de que la Administración resuelva cuando lo considere oportuno o de que no resuelva nunca. Decía en este sentido González Navarro que el silencio administrativo es “un artificio jurídico mediante el que se trata de evitar al interesado los perjuicios que, en determinados casos, pueden seguirsele de ese callar. Un artilugio ingenioso y muy simple consistente en fijar de antemano en una norma jurídica (legal o reglamentaria) lo que la Administración está dando a entender cuando calla”.

Es importante destacar que el silencio administrativo, y así lo viene confirmando la doctrina constitucional desde la pionera STC 6/1986, debe configurarse como un mecanismo de garantía para el ciudadano, y en modo alguno la Administración puede beneficiarse de la situación de ilegalidad que ella misma ha provocado. No se trata de una técnica al servicio de la Administración y “del buen orden del procedimiento”, sino de una garantía que se ofrece al ciudadano frente

a un comportamiento ilegal y patológico en el que la Administración no debe incurrir. Concepción ésta que ya ponía de manifiesto la antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la STS de 8 de abril de 1933 (ref. Aranzadi 3109), que indicaba que “hay que tomar como base la naturaleza de que el silencio administrativo tiene que ser una presunción establecida precisamente a favor de los derechos e intereses de los administrados y no un medio de eludir obligaciones y compromisos de los organismos administrativos, lo que impide darle una interpretación que perjudique a los mismos, a quienes quiso favorecer”.

Hay, además, otra idea clara y evidente en esta materia, y es que la ausencia de una regulación general del silencio de la Administración comportaría que la inactividad o pasividad de la Administración quede fuera del control jurisdiccional, provocando con ello situaciones de indefensión y zonas de inmunidad frente a las garantías del Estado de derecho; dicho en sentido contrario, el establecimiento de una regulación legal general del silencio administrativo evita que la inactividad o pasividad de la Administración quede fuera del control de los tribunales, y ese control es más que conveniente como ha declarado el Tribunal Constitucional, por ejemplo en la STC 136/1995, de 25 de septiembre, en la que advierte que no pueden existir actuaciones administrativas, positivas o negativas, inmunes al control jurisdiccional.

Pero el control de la inactividad administrativa no queda reducido al silencio administrativo; así, la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 (LJCA) introduce el denominado “recurso contra la inactividad de la Administración”. Dice al respecto la exposición de motivos de esta Ley que, largamente reclamado por la doctrina, se crea un recurso contra la inactividad de la Administración que tiene precedentes en otros ordenamientos europeos. “El recurso –continúa– se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas”.

A la vigente regulación del silencio administrativo, introducida por la Ley 4/1999, se ha llegado tras un camino complejo y de difícil trazado, en cuyo recorrido se han ensayado diversas fórmulas y remedios para evitar o paliar el perjuicio que a los particulares necesariamente ha de producir la inactividad de la Administración o, lo que es lo mismo, el incumplimiento del deber de resolver expresamente, con motivación suficiente, las solicitudes de los ciudadanos o los procedimientos iniciados de oficio. Hare-

mos referencia a los aspectos más destacados de la nueva regulación, así como a aquellos otros aspectos conflictivos del régimen que vino a sustituir y que han sido felizmente superados, pero antes conviene dejar constancia de ciertas nociones en la evolución histórica del silencio administrativo.

2. Nociones tradicionales

Tradicionalmente se ha concebido el silencio administrativo como “una ficción legal que la ley establece en beneficio del interesado y en virtud de la cual se considera estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo) la solicitud de aquél cuando la Administración incumple el deber que tiene de resolver y se dan los demás requisitos previstos en la ley” (es la definición que proponen González Pérez y González Navarro). Consiste el silencio administrativo, en fin, en una *ficción* establecida por la ley en beneficio del particular que, teniendo derecho a exigir de la Administración una resolución expresa en el plazo legalmente establecido, no la obtiene en dicho plazo por causas que no le son imputables. Ahora, tras la reforma por la Ley 4/1999, hay que precisar que no basta con el dictado de la resolución expresa, pues es necesario algo más: que la misma se notifique dentro del plazo máximo que establece la ley.

En consideración a sus distintos efectos, como criterio de diferenciación, se distingue entre silencio negativo, en el que el efecto ficticio atribuido por la ley a la falta de resolución en plazo es la desestimación de la pretensión con la consiguiente apertura inmediata del plazo para recurrir ante la instancia correspondiente, y el silencio positivo, en el que el efecto ficticio legalmente establecido es, por el contrario, la estimación de la pretensión previamente deducida.

La institución del silencio administrativo negativo nace como una garantía del o para el administrado a fin de que el mismo pueda considerar que su petición ha sido desestimada a los efectos de interponer, en su caso, el recurso admisible, administrativo o jurisdiccional. De ahí que el silencio negativo haya sido conceptualizado tradicionalmente como un simple presupuesto procesal de acceso a la jurisdicción, a través de la figura de la ficción, al que no puede aplicarse la doctrina y régimen del acto consentido. No se trata, en la concepción tradicional, de un acto presunto, sino, como se ha dicho, de una ficción legal en beneficio del administrado, que ve abierta la vía jurisdiccional sin tener que esperar una resolución expresa, cuya demora administrativa podría bloquear el acceso a los tribunales.

Por el contrario, el silencio positivo se asemeja o equipara, como veremos, a un acto favorable o declarativo de derechos, lo que tiene su importancia a los efectos de aplicarle el principio de irrevocabilidad de

los actos, únicamente excepcionable a través de la vía de la revisión de oficio. Al silencio positivo, por ello, sí que ha venido otorgándosele el carácter de verdadero acto, si bien presunto, de modo que, producido el silencio positivo, la Administración ya no podía resolver de manera expresa, al menos en sentido contrario a lo solicitado, pues ello comportaría una indebida revocación del acto presunto producido por el silencio.

No obstante, la originaria redacción de la Ley 30/1992 confirió al silencio negativo, también, al igual que al positivo, el carácter de acto presunto, lo que originó una crítica doctrinal justificada que determinó la reforma, lograda por la Ley 4/1999, al objeto, por lo menos, de restablecer el régimen jurídico anterior.

Pese a tal conceptualización del silencio negativo como acto presunto la doctrina se preocupó de precisar que la verdadera naturaleza jurídica del silencio administrativo no es la de una presunción, sino la de una ficción. Así, González Navarro y González Pérez indicaban que la ficción recae sobre un hecho cierto, mientras que la presunción recae sobre algo dudoso o incierto, y por tanto el silencio administrativo es ficción y no presunción, toda vez que aquí no se parte de una conjetura o posibilidad sino del hecho cierto de que la Administración no ha resuelto en plazo. La ficción, una vez constatada la existencia de un hecho cierto, finge o introduce una consecuencia jurídica distinta de la verdad real por razones de justicia y equidad, que por tanto se considera preferible a las consecuencias de la verdad real. La realidad aquí es que no hay acto porque la Administración no ha contestado en plazo y la ficción consiste en que el legislador ordena que se actúe como si hubiera habido acto, afirmando como verdad jurídica lo que no es verdad en la realidad.

Se ha indicado por otro lado (Morillo-Velarde) que silencio administrativo y acto presunto son dos técnicas jurídicas separadas. Ambas tienen la misma finalidad, que es combatir la inactividad formal de las administraciones públicas y ambas operan por ministerio de la ley, pero la diferencia radica en que para la producción del silencio administrativo, al menos cuando de él ha de derivar la adquisición de un derecho (silencio positivo) y no una mera facultad de reacción (silencio negativo), el ordenamiento jurídico exige, como parte del presupuesto de hecho para la producción del silencio mismo, la adecuación a Derecho de aquello que, transcurrido el plazo, ha de entenderse otorgado. Por consiguiente, con la técnica del silencio administrativo no hay acto alguno, porque en el aumento de la esfera de actuación del particular que se opera en virtud del silencio no hay intervención alguna de la Administración, por lo que tampoco hace falta la utilización de las técnicas de revisión de oficio. En cambio, la técnica del acto presunto finge, por ministerio de la ley, una resolución o acto adminis-

trativo a todos los efectos, por lo que aquí sí es posible un acto presunto positivo contrario al ordenamiento jurídico pero protegido por la presunción de legalidad de los actos y por ello revisable de oficio en las mismas condiciones que el acto expreso.

Con la Ley 4/1999 la concepción del silencio cambia radicalmente: ya no se habla de acto presunto con referencia al silencio negativo, lo que hay es ausencia de acto en plazo y esta ausencia es lo que provoca determinados efectos jurídicos. Pero en cualquier caso la verdadera naturaleza del silencio negativo como mera ficción legal y no como acto presunto que podía quedar consentido si no se atacaba en plazo fue mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo aun en supuestos a los que era aplicable la redacción originaria de la Ley 30/1992. Así, la STS de 31 de enero de 2003, con cita de la STS de 6 de marzo de 1998, señala:

“Es reiterada la jurisprudencia que afirma que las administraciones públicas tienen el deber de resolver expresamente en todo caso (artículo 94.1 y 2 de la LPA [hoy artículo 42 de la LRJ-PAC] y artículo 38 de la LJCA) y que el silencio administrativo es una ficción que la ley establece en beneficio del que incoa un procedimiento, para que pueda entender desestimada su reclamación y deducir frente a la denegación presunta la impugnación que proceda en cada caso, o esperar confiadamente a que la Administración cumpla su deber dictando una resolución expresa, aunque sea tardía. No resulta viable, por ello, que la Administración pretenda obtener un beneficio, como es el de la apreciación de la extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo, a consecuencia de su propia violación de la norma (artículo 94.3 de la LPA), ni aún menos que para ello se invoque la doctrina del silencio administrativo, que está concebida en beneficio del administrado, y no en contra suya (sentencia de esta Sala de 25 de marzo de 1993 y sentencias del Tribunal Constitucional 6/1986, de 21 de enero, y 204/1987, de 21 de diciembre).”

3. El régimen superado

Conviene anotar los rasgos más relevantes del régimen del silencio administrativo bajo la Ley 30/1992, con anterioridad a la reforma, para dejar constancia de una forma de regular el silencio administrativo que no fue, en absoluto, satisfactoria en atención a los intereses en juego.

La exposición de motivos de la Ley indicaba que:

“El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado.”

Pero lo cierto es que tal garantía no se lograba adecuadamente, en particular porque para la eficacia *erga omnes* de los actos presuntos, categoría bajo la cual se incluía al silencio negativo, se articulaba el mecanismo de la certificación (“certificación de actos presuntos”), que actuaba tanto en los casos de silencio positivo como negativo, en primera instancia como en vía de recurso. El artículo 44 en su apartado 2 señalaba que para acreditar la eficacia de los actos presuntos es necesario obtener una certificación emitida por el órgano competente que debió resolver expresamente el procedimiento, la cual debía ser extendida inexcusablemente en el plazo de veinte días desde que le sea solicitada. No se fijaba un plazo máximo para pedir esta certificación, y si la misma no llegaba a ser expedida por la Administración, el acto presunto sería igualmente eficaz y se podía acreditar mediante la exhibición de la petición de la certificación. Pero si la certificación era expedida o transcurría el plazo para emitirla, el interesado debía interponer el correspondiente recurso para agotar la vía administrativa o el recurso jurisdiccional (visto lo que disponía el artículo 44.5 respecto del cómputo de los plazos para recurrir); si no lo hacía, en principio, podía aplicarse la consecuencia del acto consentido con el efecto de entender inadmisibles el recurso jurisdiccional.

Sobre la naturaleza jurídica de tal certificación, la mayoría de la doctrina consideraba que se trataba de un requisito constitutivo de los actos presuntos, puesto que la Administración podía resolver expresamente hasta que procediera a expedir la certificación. Así, la exposición de motivos de la Ley 4/1999 aclara que:

“se suprime la certificación de actos presuntos que, como es sabido, permitía a la Administración, una vez finalizados los plazos para resolver y antes de expedir la certificación o que transcurriera el plazo para expedirla, dictar un acto administrativo expreso aun cuando resultara contrario a los efectos del silencio ya producido.”

De ahí que también se afirme que la solicitud de la certificación actuaba como una denuncia de la mora, cuyo fundamento estribaría en posibilitar a la Administración un último plazo de veinte días desde que le fue solicitada para resolver sobre el fondo del asunto. Se establecía así un sistema de silencio no automático, que requería un requisito adicional al mero incumplimiento de los plazos.

Para otros autores la certificación no era más que un requisito formal que sólo operaba como condición de eficacia de la resolución presunta con efectos estimatorios o desestimatorios, pero, en todo caso, desde la concepción de que la resolución ya se había producido desde el momento en que la Administración incumplió su obligación de resolver dentro del plazo preestablecido. Para este sector doctrinal se

trata sólo de un requisito formal porque el acto presunto existe y es válido desde que transcurre el plazo sin necesidad de solicitar y obtener expresa o tácitamente la certificación del artículo 44; así se deduciría del artículo 43.1, que literalmente señalaba que si venciese el plazo de resolución se producirán los efectos jurídicos que se establecen en este artículo, que son ya los propios del acto presunto estimatorio o en su caso desestimatorio; y del artículo 44.2, que vinculaba expresamente la certificación sólo a la eficacia pero no a la validez de los actos presuntos.

En cualquier caso, la polémica deviene estéril tras la reforma operada por la Ley 4/1999, en cuya exposición de motivos se anuncian los rasgos esenciales del nuevo régimen:

a) "No podemos olvidar que cuando se regula el silencio en realidad se está tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración que diseña la propia Ley. Pues bien, esta situación de falta de respuesta por la Administración –siempre indeseable– nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano sino que, equilibrando los intereses en presencia, normalmente debe hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas."

Es decir, la falta de respuesta por la Administración es una situación ilegal que debe evitarse y, lo que es más importante, nunca puede causar perjuicios al ciudadano.

b) Se prevé como regla general el silencio positivo, exceptuándose sólo cuando una norma con rango de ley o norma comunitaria establezca lo contrario, si bien "se exceptúan de la regla general de silencio positivo lógicamente los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, los de revisión de actos administrativos y disposiciones generales, los iniciados de oficio y los procedimientos de los que pudieran derivarse para los solicitantes o terceros la adquisición de facultades sobre el dominio o servicio público".

c) "el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz, que la Administración pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley."

d) "Se concibe el silencio administrativo negativo como ficción legal para permitir al ciudadano interesado acceder al recurso contencioso-administrativo, aunque, en todo caso, la Administración pública tiene la obligación de resolver expresamente, de forma que si da la razón al ciudadano, se evitará el pleito."

e) "Se trata de regular esta capital institución del procedimiento administrativo de forma equilibrada y razonable, por lo que se suprime la certificación de actos presuntos."

4. Regulación vigente

Como vemos, la Ley 4/1999, de 13 de enero, recupera la distinción entre silencio negativo como presupuesto procesal y silencio positivo como equiparado a un acto administrativo favorable o declarativo de derechos. Desaparece por tanto la equívoca expresión "acto presunto" que utilizaba la originaria redacción de la Ley 30/1992 para referirse tanto al silencio positivo como al negativo. Las *reglas básicas* de la reforma, que configuran ahora la institución del silencio administrativo, son las siguientes:

a) Se establece la obligación de la Administración no sólo de dictar resolución expresa en todos los procedimientos sino también de notificarla dentro de los plazos máximos que indica el apartado 2 del artículo 42 de la LRJPAC.

Hay que advertir, por tanto, que tras la Ley 4/1999 estamos ante una obligación no sólo de resolver sino también de notificar dentro del plazo máximo. De tal forma que si expirado el plazo máximo no se ha procedido a notificar, deberá entenderse producido, como veremos, el silencio administrativo. Pero no olvidemos que se prevén supuestos de suspensión de los plazos máximos en el artículo 42.5.

Tales plazos máximos para notificar la resolución expresa serán los fijados por la norma reguladora del correspondiente procedimiento, y no podrán exceder de seis meses salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea.

b) Además, la Administración debe comunicar a los interesados de forma individualizada los plazos de resolución y notificación y los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Así lo establece el artículo 42.4, en cuyo primer párrafo se dice que las administraciones públicas deben publicar y mantener actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo. Y el segundo párrafo añade que:

"En todo caso, las administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente."

Se refuerza así, por tanto, el derecho de información de los ciudadanos mediante una comunicación a la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina constitucional han prestado especial atención, como veremos.

c) Se acoge un sistema de “silencio automático”, cuya efectividad no exige ningún requisito adicional al mero incumplimiento del plazo para resolver y notificar.

Así, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, indica el artículo 43.1 que el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 del mismo precepto. Y el apartado 5 precisa que los actos producidos por silencio administrativo, que se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada, *producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido*, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver (certificado que ya no tiene el valor que en la redacción originaria se le reconocía).

d) Se establece como regla general que rige en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados el efecto estimatorio del silencio administrativo, esto es, el silencio positivo como cláusula general (artículo 43), con las excepciones que recoge dicho precepto, a saber: los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, casos todos ellos en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio. No obstante, se permite excepcionar la regla general de silencio positivo mediante ley o norma de Derecho Comunitario europeo (se evita así que por vía reglamentaria se excepcione la regla general del silencio positivo).

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la Ley general tributaria (Ley 58/2003), a diferencia del citado artículo 43.2, no exige que los casos de silencio negativo hayan de estar previstos en una norma con rango de ley, sino que se remite con carácter general a lo que dispongan las normas que regulan cada procedimiento, con independencia del rango que tengan éstas, por lo que el efecto negativo del silencio en los supuestos contemplados en el apartado 1 de la

disposición adicional primera del Real decreto 1065/2007, de 27 de julio, encuentra amparo legal.

e) El silencio administrativo positivo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, es decir, agota *per se* la vía administrativa determinando la finalización del procedimiento administrativo. En tanto que el silencio negativo tiene los “solos” efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente (artículo 43.3).

f) Subsiste, como se ha dicho, la obligación de la Administración de dictar resolución expresa, pero queda vinculada por el efecto del silencio si éste es positivo: dice el artículo 43.4 que la obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el artículo 42.1 se sujetará al siguiente régimen: 1º) en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo; 2º) en los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.

g) Por último, el artículo 44 regula la falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio, supuestos en los que, dice la norma, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos: si el resultado es favorable para los interesados, derivándose el reconocimiento o la constitución de derechos, el silencio tendrá efecto negativo, pero si se trata de procedimientos en los que se ejercite la potestad sancionadora o en general de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad y el consiguiente archivo de las actuaciones.

5. Algunas consideraciones sobre el silencio negativo

La atribución de un valor negativo o desestimatorio al silencio o inactividad formal de la Administración tiene un origen y una funcionalidad estrechamente ligadas a la configuración del recurso contencioso-administrativo en cuanto proceso impugnatorio de actos previos, cuya legalidad es objeto de revisión a posteriori. Para evitar la quiebra o disfunción que este planteamiento suscita por principio, cual es la eventualidad de que la Administración pueda eludir el control jurisdiccional con sólo permanecer inactiva, privando así al particular de toda garantía judicial, surgió la técnica del silencio administrativo como garantía del ciudadano: pasado un cierto plazo sin que la Admi-

nistración se pronuncie expresamente, la ley presume que la pretensión del particular ha sido denegada, lo cual permite a éste promover contra esta denegación presunta los correspondientes recursos jurisdiccionales. La técnica se instauró en Francia por una ley de 1900 y se introdujo en España, como sabemos, por los estatutos locales de Calvo Sotelo de 1924 y 1925, luego por la Ley municipal republicana de 1935 y, más tarde, por la Ley de 18 de marzo de 1944, para ser generalizada su regulación por la LJCA de 1956.

Su correcta configuración no es, como hemos visto, la de un acto presunto producido el cual el particular debe acudir en el plazo legal a la vía jurisdiccional so pena de ver precluida la oportunidad de recurrir por aplicación de la doctrina del acto consentido. El silencio negativo es, ya se ha dicho, una ficción legal de efectos exclusivamente procesales: no es un verdadero acto administrativo en sentido desestimatorio, sino precisamente lo contrario, la ausencia de acto, la ausencia de toda actividad volitiva de la Administración, que no admite un proceso de interpretación destinado a averiguar el sentido de una voluntad que no existe.

Es válido mantener, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, que el silencio negativo es una ficción legal que sirve únicamente para abrir la posibilidad de que el interesado espere la resolución expresa, o bien interponga el recurso procedente, o bien recuerde a la Administración el incumplimiento de su obligación de resolver y la necesidad de hacerlo.

Conforme al artículo 43.2, el silencio será desestimatorio o negativo tratándose de procedimientos de ejercicio del derecho de petición a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones; no obstante, cuando el recurso de alzada se hubiera interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si llegado el plazo de resolución el órgano competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.

Con respecto a este último inciso vemos, por tanto, que existe una excepción a la regla general de entender desestimada la resolución de los recursos administrativos cuando éstos no se resuelven en plazo, excepción que puede parecer una sanción a la Administración que incumple su deber de resolver hasta en los casos en los que el acto producido por silencio tiene carácter desestimatorio. La doctrina se ha planteado la eventualidad de que esta excepción pueda verse, a su vez, excepcionada por el artículo 43.2.b) si la estimación de la solicitud tuviera como

consecuencia que se transfiera al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, solución esta última que parecería coherente con el espíritu de la norma, que previene una denegación, *ratione materiae*, de todas las solicitudes que produzcan tales efectos, si bien de la propia redacción del artículo 43, en su interpretación literal, se desprende que si se trata de un órgano cuyos actos no ponen fin a la vía administrativa habrá que interponer un recurso de alzada ante el superior jerárquico en los términos de los artículos 114 y 115. Interpuesto el recurso pueden pasar dos cosas: que la Administración conteste al recurso o que no conteste. En el primer caso, si la respuesta sigue siendo negativa, se podrá ir ya a la jurisdicción contenciosa-administrativa en el plazo normal de dos meses (artículo 46 de la Ley 29/1998); y, en el segundo caso, si la Administración no contesta en el plazo de tres meses, estamos en presencia del supuesto del silencio administrativo en vía de recurso de alzada, que por excepción tiene efectos positivos (último párrafo del artículo 43.2), esto es, se transforma la inicial negativa en una estimación del recurso que es tanto como decir de la primitiva solicitud.

Por lo que respecta al límite del dominio público a la aplicación del silencio positivo, se plantea el problema de si debe excluirse necesariamente del régimen de silencio positivo todo tipo de solicitudes que versen sobre el dominio público. La norma, como se ha visto, excluye la *transferencia* por silencio positivo de facultades relativas al dominio público. Serán intransferibles, por tanto, a través de la técnica del silencio positivo, las facultades que impliquen una libre utilización pública y gratuita de los bienes, las que afectan al uso o afectación del bien, usos privativos o anormales... Igualmente, por lo que respecta al servicio público cabe plantearse si todo tipo de actividad relacionada con el servicio público está excluida del ámbito de aplicación del silencio positivo. Lo que caracteriza esencialmente tal exclusión es impedir la transferencia de facultades o poderes públicos a los particulares; es decir, evitar el traspaso a manos privadas de una esfera de poder propia de la Administración pública. No debe excluirse por tanto cualquier situación referida al servicio público sino aquellos supuestos en los que sobre el particular puedan recaer tales poderes.

Por otro lado, no debe olvidarse que la propia Ley 30/1992 establece en otros preceptos diversos supuestos de silencio negativo por falta de resolución en plazo; así, en el artículo 119.3, en relación con los recursos extraordinarios de revisión; artículos 124.2 y 125.2, relativos a las reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles y laborales, y artículo 142.7, en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

Y recordemos la previsión del artículo 43.4.b): en los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio, de modo que, como anuncia la exposición de motivos de la Ley 4/1999, si la resolución tardía da la razón al ciudadano, *se evitará el pleito*.

6. Ciertas cuestiones acerca del silencio positivo

Como hemos visto, se ha producido una generalización de la solución estimatoria por silencio administrativo, que se inicia con motivo de una Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas, 90/246/CEE, de 28 de mayo de 1990, relativa a la aplicación de una política de simplificación administrativa en los estados miembros (DOCE 141, de 2 de junio de 1990), en la cual se recomienda la “d) sustitución de la necesidad de una resolución formal por procedimientos de aprobación basados en el silencio administrativo, con arreglo al cual se considera que la falta de respuesta de la Administración, transcurrido un determinado plazo, implica la aprobación de la solicitud”.

6.1. El ámbito del silencio positivo como acto administrativo

El silencio positivo, apunta García de Enterría, tiene un sentido y una funcionalidad radicalmente diferentes al negativo. En su versión positiva o estimatoria se trata de una técnica material de intervención policial o de tutela que viene a aligerar la exigencia de obtener autorización o aprobación administrativa para una determinada actividad. En rigor, el silencio positivo sustituye esta técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarse durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado. Puede decirse por tanto que el silencio positivo es un verdadero acto administrativo, equivalente a esa autorización o aprobación a las que sustituye, y así lo ha entendido la jurisprudencia al declarar que no cabe aceptar, en principio, que la Administración resuelva de forma expresa de modo contrario al otorgamiento positivo que se ha producido a favor del particular por el transcurso del plazo de silencio, solución que viene a coincidir con la vigente regulación del silencio administrativo positivo, como se ha visto. Ese acto expreso posterior denegatorio de lo ya otorgado por silencio positivo se ha considerado como una revocación de oficio de un acto declarativo de derechos, realizada al margen del procedimiento establecido y, en consecuencia, nula de pleno derecho (en este sentido se pronunciaron las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero y 8 de junio de

1961, 23 de noviembre de 1962, 3 de octubre de 1963, 23 de octubre y 3 de noviembre de 1964).

6.2. El silencio administrativo positivo *contra legem*

El problema que plantea el silencio positivo es el de precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenida por aplicación de esta técnica en aquellos supuestos en que la pretensión ejercitada por el particular no es conforme a Derecho. Se han propuesto tres posibles soluciones: a) la primera, más radical, consiste en entender autorizado o aprobado en sus propios términos el proyecto presentado; b) la segunda consiste en limitar los efectos autorizatorios o aprobatorios del silencio positivo a lo que, según la ley, es posible autorizar o aprobar, y c) la tercera remite a una modulación de los efectos del silencio positivo en función de la clase de defectos del proyecto de base.

La primera solución tiene a su favor la lógica estricta de la institución: el silencio positivo sustituye al acto expreso a todos los efectos, es un verdadero acto en sí mismo y un acto de aprobación o autorización plenas del proyecto concreto presentado por la persona promotora del expediente. Pero puede oponerse a esta tesis que el silencio positivo es, en definitiva, una creación de la Ley y difícilmente puede decirse que la Ley haya querido que, a través de un mecanismo establecido para evitar perjuicios a los particulares a resultas de la falta de diligencia de la Administración, puedan éstos obtener mayores beneficios de los que la Ley les reconoce, en mengua, además, del interés general. La Ley no puede querer, en definitiva, que el silencio positivo se aplique para conculcarla. El silencio positivo suple, en efecto, al acto expreso, pero sólo dentro de los límites autorizados por la Ley. En esta línea se pronunciaron las STS de 3 de octubre de 1963, 3 de noviembre y 9 de diciembre de 1964, según las cuales “el silencio positivo no es panacea que sane aquello que en sí mismo contiene el germen de su incurable enfermedad, ni esponja que limpie de los vicios y defectos contenidos en la esencia misma del acto”. En el mismo sentido, las STS de 31 de octubre de 1963 y 18 de marzo de 1970, en las que se llama la atención sobre el “gran detenimiento y escrúpulo que hay que observar en orden a la interpretación del silencio administrativo en su aspecto positivo, ya que confiere unos derechos a los administrados que sólo a cambio del cumplimiento exacto y preciso de las formalidades legales pueden reconocerseles y así como esta figura ficta no es una comodidad de la Administración, sino una garantía para los particulares. No puede admitirse que tal silencio positivo prospere cuando lo que resulta concedido por el silencio no puede autorizarse con arreglo a la Ley”.

La segunda solución tiene el inconveniente de la inseguridad jurídica (pues ¿cómo determinar los límites de la legalidad aplicable?) y la tercera, quizá la más razonable, admitiría el principio de la irrevocabilidad de la autorización o aprobación ganada por silencio positivo, pero con la salvedad de que el silencio no cubre en ningún caso los supuestos merecedores de la calificación de nulidad de pleno derecho. En otras palabras, con el silencio positivo puede ganarse la autorización o aprobación solicitada en los términos del proyecto presentado, a menos que esa autorización o aprobación presuntas sean nulas de pleno derecho, en cuyo caso el mecanismo del silencio no puede servir para justificarlas. A esta solución apuntaba la STS de 24 de diciembre de 1964:

“el automatismo de aplicación del silencio administrativo positivo, [...], debe ceder ante la comprobación de la existencia de vicios esenciales de tramitación anteriores [...]; el reconocimiento de vicios esenciales determinantes de nulidad ha de tener primacía a la aplicación automática del silencio administrativo positivo, que no puede actuar como esponja lavadora de tales defectos esenciales.”

Esta solución fue acogida explícitamente por la STS de 2 de abril de 1975, que declaró que únicamente queda impedido el efecto aprobatorio del silencio en “los supuestos en que el acto expreso no hubiera podido pronunciarse por razones de competencia y procedimiento, presupuestos básicos de todo acto, es decir, supuestos en que acaso no hubiera podido ni siquiera hablarse de existencia del acto”. En consecuencia, cualquier otro vicio facultaría en su caso a la Administración para promover el procedimiento de revisión de oficio de la aprobación por silencio, pero no para desconocer este efecto.

Como se ve, el problema que el silencio positivo plantea es en qué medida otorga seguridad jurídica al ciudadano; o sea, si la Administración en casos de ilegalidad puede considerar que el silencio no se ha producido o bien, por el contrario, debe considerar que existe un supuesto de nulidad de pleno derecho que debe eliminarse a través de la vía de revisión de oficio. En esta última línea, de asegurar la aplicación del principio de irrevocabilidad de los actos administrativos a los supuestos de silencio positivo, encontramos la tipificación del supuesto de nulidad de pleno derecho en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, que declara la nulidad de pleno derecho de “los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”. El precepto, que viene a ser respuesta a una problemática histórica en relación con las licencias urbanísticas en las que se producía el silencio administrativo

positivo *contra legem*, puede entenderse que altera sustancialmente el planteamiento jurisprudencial que estaba presente en la tesis de la “esponja”, antes transcrita. Así es, o así parece ser, porque la tipificación de este supuesto de nulidad conduce a estimar que el silencio positivo se ha producido y como tal producirá sus efectos jurídicos hasta que se reaccione contra el mismo, declarándose la nulidad. La consecuencia es que se habrá de proceder a eliminar la situación ilegal no con una mera revocación sino instando un procedimiento formalizado dirigido especialmente a erradicar este vicio del ordenamiento jurídico.

Refuerza lo dicho el hecho de que este nuevo supuesto de nulidad está pensado, en efecto, para el silencio positivo: la referencia que hace el artículo 62.1.f) a los “actos presuntos” lo es a los actos administrativos producidos por silencio administrativo, pues así lo evidencia la exposición de motivos de la Ley 30/1992 (apartado 9) al explicar que la introducción de este nuevo supuesto de nulidad de pleno derecho complementa el régimen del silencio administrativo:

“Lógicamente, la citada regulación [del silencio administrativo] se complementa con la inclusión posterior, como supuesto de nulidad de pleno derecho, de los actos presuntos o expresos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.”

6.3. La postura del Tribunal Supremo: STS de 27 de abril de 2007

La STS de 27 de abril de 2007 viene a propósito porque analiza la adquisición de derechos por silencio positivo de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4/1999, rechazando la posibilidad de resoluciones expresas tardías en sentido denegatorio cuando el silencio positivo ya se ha producido, y resaltando la necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio previsto en la misma Ley si se entiende que el acto adquirido por silencio es contrario a derecho.

Comienza señalando esta sentencia que, en la legislación vigente sobre procedimiento administrativo, el silencio positivo da lugar a un verdadero acto administrativo estimatorio, como resalta la exposición de motivos de dicha Ley reformadora. Cierto es que aun partiendo de esta caracterización del silencio positivo como auténtico acto administrativo, la misma Ley ha querido poner remedio a las consecuencias potencialmente lesivas para el principio de legalidad a que conduce esta caracterización jurídica del silencio, y por eso su artículo 62.1.f) establece que los actos de las administraciones públicas son nulos de pleno derecho cuando se trate de “actos expresos o presuntos

contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

Ahora bien –puntualiza la sentencia–, este precepto no puede ser interpretado y aplicado prescindiendo de lo dispuesto por el artículo 43.4.a) de la misma Ley reformada por la Ley 4/1999, que establece que “en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo”. Esta específica previsión legal, coherente con la naturaleza del silencio positivo como acto administrativo declarativo de derechos, implica que si la Administración considera que el acto administrativo así adquirido es nulo, por aplicación del artículo 62.1.f), no podrá dictar una resolución expresa tardía denegatoria del derecho, posibilidad que está vedada por el artículo 43.4.a), sino que habrá de acudir al procedimiento de revisión de oficio contemplado en el artículo 102.1 de la citada Ley 30/1992.

La interpretación contraria, es decir, la consistente en que el acto adquirido por silencio positivo puede ser directamente desplazado por un acto expreso posterior en los casos del artículo 62.1.f), es no sólo contraria a la naturaleza del silencio positivo plasmada en la misma Ley, sino también a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que la propia Ley también recoge, sin olvidar que siempre queda en manos de la Administración evitar los efectos distorsionadores de la adquisición de derechos cuando no se cumplen las condiciones para ello, mediante el simple expediente de resolver los procedimientos en plazo.

6.4. El silencio positivo en la contratación

Recientemente se ha dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Pleno del Tribunal Supremo la *sentencia de 28 de febrero de 2007*, EDJ 2007/13441, en la que se aborda una cuestión de carácter general que, sin embargo, se está suscitando con frecuencia en el ámbito de las relaciones contractuales: el de los efectos que hay que atribuir a una petición de pago de intereses de demora deducida por un contratista a la Administración, y no resuelta en el plazo de tres meses.

El supuesto de hecho es el siguiente: una unión temporal de empresas que había realizado determinadas obras no incluidas en el proyecto que le fue adjudicado pero que podía considerarse consecuencia necesaria del mismo obtuvo de la Administración el pago de su importe. Una vez recibido el mismo, y como quiera que las obras se habían terminado varios años antes, solicitó de la Administración el abono de los intereses de demora, sin que la Administración resolviera de forma expresa dicha petición, y entendiendo que dicha

petición podía considerarse estimada por silencio, conforme al artículo 43.2 de la Ley 30/1992, la UTE pidió a la Administración la ejecución de ese acto firme de reconocimiento de la petición de intereses, conforme a lo previsto en el artículo 29.2 de la LJ. La Audiencia Nacional estimó el recurso, argumentando que la petición de intereses no resuelta de forma expresa por la Administración conduce a la aplicación del artículo 43 de la Ley 30/1992, que determina que el interesado pueda considerar estimada su petición por silencio administrativo.

Los argumentos de la sentencia están contenidos en su fundamento jurídico cuarto:

“Para analizar y resolver tal cuestión, es obligado acudir a las normas que regulan en nuestro ordenamiento el silencio, esto es, los artículos 43 y 44 de la Ley 30/1992, EDL 1992/17271, que, en su redacción tras la Ley 4/1999, y teniendo en cuenta que es el artículo 43 citado el que regula el silencio positivo y que el artículo 44 es el que regula el silencio negativo.

“Y a este respecto, como mientras el artículo 43 inicia su exposición con la frase silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado, y el artículo 44 la inicia con la frase falta de resolución en procedimientos iniciados de oficio, es claro que la primera cuestión a valorar es la relativa a si el procedimiento de autos se inició o no a solicitud del interesado.

“A lo anterior conviene agregar, por una parte, que el procedimiento de contratación, o mejor contrato de obras, en las distintas normas, que se han sucedido y lo han regulado, Ley 13/1995, de 18 de mayo, EDL 1995/14148, Reglamento general de contratación del Estado, aprobado por el Decreto 3410/1975, EDL 1975/2081, y Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, establecen entre los dos contratantes, Administración y particular, desde que se ha aprobado la oferta, y se ha adjudicado el contrato, un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas, relativas, entre otros:

“a) A la realización de obra en las condiciones pactadas.

“b) A los incumplimientos y sus efectos tanto si son de la Administración, como del contratista.

“c) A la obligación y abono del precio de la obra.

“d) Al derecho al percibo de intereses por parte del contratista y a la obligación de la Administración de abonarlos, desde las fechas expresamente previstas, dos meses desde la realización de las obras, artículo 99 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, EDL 2000/83354, seis meses desde la recepción, artículo 149 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, EDL 1995/14148 [...] y desde los nueve meses siguientes a la fecha de la recepción provisional, artículo 172 del Reglamento de contratación.

“e) A la revisión de precios en las condiciones expresamente previstas.

“f) Regulando la disposición transitoria sexta del Real decreto legislativo 2/2000, EDL 2000/83354, los efectos de la falta de pago por la Administración, y por otra, que esta Sala del Tribunal Supremo, completando la regulación establecida y resolviendo los casos puntuales que, en la relación contratista-Administración, han ido surgiendo, ha declarado entre otras:

“a) Que el contratista tiene derecho a intereses tras la recepción de las obras por la Administración a pesar de que no se hubiese documentado el acta de recepción provisional, que exige el artículo 172 citado, aplicando la doctrina de que hubo en el caso enjuiciado recepción tácita, sentencia de 13 de febrero de 2007, recaída en el recurso de casación 4224/2004.

“b) Que el contratista tiene derecho al abono del importe de las obras y del beneficio industrial, a pesar de que se trataba de obras fuera del contrato y no previstas por tanto en el mismo, cuando la Administración las conoció y aceptó, sentencia de 22 de octubre de 1997 y de 11 de mayo de 2004.

“c) Que cuando se trata de obras realizadas fuera del contrato, aunque a consecuencia del mismo los intereses a que el contratista tiene derecho y la Administración está obligada a abonar, no se producen desde la fecha de la realización de las obras ni de su recepción, y sí desde el momento en que la Administración podía hacer el pago, esto es, después de tramitar el expediente de autorización de las obras, de autorización del gasto y de convalidación de las mismas, sentencias de 11 de mayo de 2004 y de 2 de julio de 2004, recaída en el recurso de casación núm. 2341/2000, EDJ 2004/86890.

“Pues bien, a partir de lo anterior y tratándose como se trata aquí de una petición de abono de intereses, respecto al importe de la obra realizada por el contratista, en relación con obras no inicialmente previstas en el contrato y que resultaron necesarias, obligadas, tras la construcción de la variante de la carretera CN-II Madrid a Francia por la Junquera, se ha de estimar que esa petición, cual además alega el Abogado del Estado, no genera el silencio positivo, a que se refiere el artículo 43 de la Ley 30/1992, EDL 1992/17271, pues esa petición no inicia procedimiento a solicitud del interesado cual el precepto exige, ya que es una petición inserta en un procedimiento iniciado antes de oficio por la Administración, y que está sujeto por tanto a sus propias normas, y no obsta ello el que fuese el interesado el que solicitara los intereses, pues la Ley, artículo 43, no se refiere a peticiones o reclamaciones a instancia del interesado y sí a procedimientos iniciados a instancia del interesado, y en el caso de autos, el procedimiento estaba ya iniciado de oficio, y es en ese procedimiento en el que se formula la petición o reclamación.

“Sin olvidar, además, que esa petición de abono de intereses no se puede aislar del procedimiento en el que se inserta, pues es en ese procedimiento ya iniciado de oficio en el que se reconocen y aparecen los datos a partir de los que se han de concretar los intereses, de forma tal que, sin valorar y conocer esos antecedentes que obran en el expediente iniciado de oficio por la Administración, no se puede saber si el interesado tenía o no derecho a intereses, ni menos el concretar cuáles eran éstos, ni desde qué fecha se habían de computar, en su caso.

“La tesis de la sentencia de instancia parte de una apreciación que esta Sala considera equivocada, la de considerar que cualquier petición del administrado da lugar o debe dar lugar a ‘un procedimiento iniciado a solicitud del interesado’, de modo que si no se contesta por la Administración en el plazo máximo establecido por resolver, debe considerarse estimada por silencio, en aplicación del artículo 43.2 de la Ley 30/1992, EDL 1992/17271 (LPAC).

“La LPAC llevó a cabo una diferencia sustancial en la regulación del sentido del silencio que contenía la Ley de procedimiento administrativo, EDL 1992/17271, de 17 de julio de 1958 (LPA), de cuyo examen procede sin embargo comenzar para alcanzar una recta interpretación del artículo 43 de la LPAC. Porque el supuesto del artículo 94 de la LPA, EDL 1992/17271, que es el que regulaba el silencio administrativo negativo, era el de que ‘se formulara alguna petición ante la Administración y ésta no notificara su decisión en el plazo de tres meses’. La LPA se refería a la falta de respuesta a cualquier petición, cualquiera que ésta fuera, para dar a ese comportamiento de la Administración, tras la denuncia ante ésta de la mora, el valor de un acto desestimatorio, si así lo decidiera el administrado. Sin embargo, cuando el artículo 95 de la LPA, EDL 1992/17271, se refiere al silencio positivo se limitan los supuestos en que ello puede suceder; cuando se establece por disposición expresa o cuando se trate de aprobaciones y fiscalizaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores.

“El artículo 43 de la LPAC, en cambio, no se refiere a solicitudes sino a procedimientos. Es verdad que su párrafo 2 dice que los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes, pero se trata de solicitudes insertadas en determinados procedimientos. Procedimientos que resultan de la aplicación de las correspondientes normas legales a las solicitudes presentadas por los interesados. Y esto que cabía mantenerlo en la redacción de la LPAC anterior a la modificación aprobada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, es aún más patente después de esta Ley. Antes de la Ley 4/1999, porque el artículo 43 contenía tres supuestos de silencio positivo que remitían a procedimientos más o

menos formalizados; los dos primeros sin duda alguna (concesión de licencias o autorización de instalación, traslado o ampliación de empresas y centros de trabajo y solicitudes que habilitaran al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes), pero también el tercero, 'solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa', porque esa normativa de aplicación no podía ser otra sino la normativa reguladora del específico procedimiento en cuestión.

"Claramente se ve que en la mente del legislador estaba el aplicar el régimen de silencio positivo no a cualquier pretensión, por descabellada que fuera, sino a una petición que tuviera entidad suficiente para ser considerada integrante de un determinado procedimiento administrativo. Y así resulta de la disposición adicional 3ª de la LPAC que manda adecuar los procedimientos existentes a la nueva regulación de la LPAC, y tras esa previsión se publican varios reales decretos de adecuación, hasta llegar a la resolución de la Secretaría de Estado para la Administración pública de 20 de marzo de 1996 que publica la relación de procedimientos de la Administración General del Estado.

"Esta resolución se publica en el BOE de 10 de abril de 1996 y en dos suplementos de 190 páginas que en total contienen los procedimientos existentes en el ámbito de la Administración General del Estado, indicando, entre otras cosas, el plazo para su resolución y los efectos del silencio.

"Y ésta es la situación con que se encontró el legislador en la reforma de la LPAC de 1999.

"La exposición de motivos de la Ley 4/1999 parte de esa relación de procedimientos, porque se refiere a los aproximadamente dos mil procedimientos existentes en la actualidad. El escenario que contempla el legislador para regular el sentido del silencio no es un escenario de peticiones indiscriminadas a la Administración sino de peticiones que pueden reconducirse a alguno de los procedimientos detectados e individualizados. La exposición de motivos habla de la necesidad de simplificación de ese conjunto de procedimientos, lo que se plasma en la disposición adicional 1.1 de la Ley.

"Asimismo en la disposición adicional 1ª.2 se ordena al Gobierno la adaptación de los procedimientos existente al sentido del silencio establecido en la Ley. Y la disposición adicional 29 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales y de orden social, en su anexo II contiene una relación de procedimientos en los que el silencio opera en sentido desestimatorio.

"Para el legislador de 1999, como también para el de 1992, sólo cabe aplicar la ficción del silencio que establece la LPAC para los procedimientos regulados como tales por una norma jurídica. A diferencia de la

LPA, que aplicaba el silencio negativo a las peticiones, cualesquiera que éstas fueren.

"La LPAC establece como regla el silencio positivo, pero parte de que esa ficción legal se aplica a procedimientos predeterminados, como resulta de lo más atrás expuesto y también del artículo 42.2 que, cuando habla de la obligación de resolver, advierte que ha de resolverse en el plazo 'fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento' ha de haber un procedimiento derivado específicamente de una norma fija, y del 42.5, que manda a las administraciones públicas que publiquen y mantengan actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo.

"El silencio regulado en los artículos 43 y 44 sólo opera en el marco de alguno de los procedimientos reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico, estén o no estén recogidos como tales en las normas reglamentarias de delimitación de procedimiento.

"Así, en el caso de autos, la petición de intereses deducida es una incidencia de la ejecución de un contrato de obras. No existe un procedimiento específico relativo a la ejecución del contrato de obras; sólo lo hay en la relación de procedimientos existentes para las peticiones de clasificación de contratistas modificación, cesión o resolución del contrato o peticiones de atribución de subcontratación.

"La ejecución del contrato y todas sus incidencias debe reconducirse al procedimiento contractual de adjudicación del contrato, porque en ese expediente se recogen el conjunto de derechos y obligaciones de las partes. Y como se trata de expedientes iniciados de oficio la consecuencia del silencio para el administrado, según el artículo 42 de la LPAC, se podrían considerar desestimadas sus solicitudes.

"Además de lo anterior se ha significar que esta Sala del Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de marzo de 2006, recaída en el recurso de casación núm. 2354/2003, EDJ 2006/43052, ha declarado, respecto a una petición de abono de parte de una subvención y de sus intereses, que esa petición no se podía aislar, ni considerar independiente de todo el expediente de subvención en el que la misma se insertaba, y si bien es cierto que en ese supuesto no se valoró la aplicación de la normativa del silencio positivo, lo fue porque en la fecha de los hechos no era aplicable la Ley 4/1999, y se ha de significar que esa declaración, sobre que la petición de subvención no se podía aislar del procedimiento en el que estaba inserta, constituye en buena medida un precedente, cuando menos por analogía, para el supuesto de autos, en el que se trata, como se ha visto, de una petición de abono de intereses del importe de una obra, que fue objeto del oportuno expediente y

que estaba obviamente inserta en el procedimiento contractual.”

7. El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo en los supuestos de silencio administrativo negativo

7.1 Planteamiento doctrinal

Con la reconsideración, por la Ley 4/1999, del silencio negativo como mera ficción legal se ha cuestionado la vigencia del plazo preclusivo para recurrir en vía jurisdiccional el acto producido por silencio administrativo, plazo que señala el artículo 46.1 de la LJCA, vigente tras la reforma, que establece que:

“El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.”

La cuestión cobró especial relevancia a raíz de un auto de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de noviembre de 1999, en el que el tribunal entendió que la reforma operada por la Ley 4/1999 derogaba implícitamente el artículo 46.1 de la LJCA en cuanto dicho precepto fija un plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, porque la naturaleza de simple ficción del silencio negativo deja abierta la vía de impugnación ulterior, incompatible con la fijación de un plazo para recurrir, que debe quedar abierto hasta la notificación de la resolución expresa. La tesis fue elogiada por algunos autores, entre otros, García de Enterría (en la REDA, núm. 105, enero-marzo de 2000, p. 127 y ss., “La inexistencia del plazo para recurrir en vía contencioso-administrativa. Derogación del artículo 46.1 de la LJCA de 1998”), argumentando que el silencio negativo que intenta proteger la posición del ciudadano no puede convertirse en un beneficio para la Administración y en una espera y grave carga para él; que lo más que podría llegar a considerarse el silencio negativo es su equiparación a una notificación defectuosa; y que la incompatibilidad entre la regulación del silencio por la Ley 4/1999, considerando a esta técnica como una simple facultad del interesado y no como un modo de actuar de la Administración, y la que resultaba de la LJCA, resulta palmaria con la consecuencia de la derogación, por aplicación de las reglas del concurso de normas.

Para otros autores, como González Pérez, sin embargo, esta tesis es objetable, porque colisiona con la vigencia de los artículos 115 y 117 de la Ley 30/1992 según redacción dada, precisamente, por la Ley 4/1999. El artículo 115 establece los plazos para interponer el recurso de alzada indicando que si el acto no fuera expreso, el plazo será de tres meses y se contará para el solicitante y otros posibles interesados a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo, y el artículo 117 marca los plazos para el recurso potestativo de reposición distinguiendo si el acto es expreso o no lo es. De este modo, y aunque la Ley 4/1999 configura el silencio negativo como una simple ficción legal, regulando tales preceptos el plazo para interponer el recurso en vía administrativa en términos idénticos al artículo 46.1 de la LJCA, y añadiendo, además, el inciso tercero del artículo 115.1 de la LPAC que “transcurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso la resolución será firme a todos los efectos”, mal puede sostenerse la derogación de aquella norma. Lo que parece fuera de duda, se concluye desde esta postura, es que al existir un plazo en relación con el acto presunto no será admisible incoar un proceso transcurrido dicho plazo: no tiene sentido fijar un plazo si luego va a quedar abierta indefinidamente la posibilidad de incoar el proceso, en cualquier momento, a voluntad del legitimado como demandante.

Otros autores, como Morillo Velarde, se suman a esta línea rechazando la clásica proposición de que como la desestimación por silencio no comporta acto administrativo no cabe la posibilidad de que adquiera firmeza. Con esta tesis, se razona, lo único que se hace es negar la evidencia, pues, sea o no acto la desestimación presunta, no cabe desconocer que tanto los recursos administrativos como el contencioso-administrativo contra desestimaciones o estimaciones presuntas están sometidos a plazo. Añade dicho autor que para que quede más claro lo consciente que es el legislador al establecerlos, se trata de plazos especiales, más largos que los ordinarios y, además, en el caso del recurso contencioso-administrativo, se prevé como causa de inadmisibilidad que el recurso se presente fuera de plazo –artículo 69.e) de la LJCA– sin que se contemple excepción alguna respecto de los actos presuntos.

Se ha advertido (así el magistrado Macías Castaño, J.M., *vid.* la obra citada en el epígrafe de bibliografía), que la jurisprudencia constitucional (a la que haremos referencia seguidamente) en ningún momento afirma que sea contrario a la Constitución el establecimiento de un plazo en situaciones de silencio, sino que lo que realiza es una interpretación del *dies a quo* del plazo sobre la base de que por la Administración no se ha informado del régimen de recur-

sos; y que el cumplimiento por la Administración de la obligación que impone el artículo 42.4.2 de la LRJPAC comportará que el silencio no pueda equipararse a una notificación defectuosa. Desde esta interpretación cabrían dos supuestos: en el primero, si la Administración incumple la obligación prevista por el artículo 42.4.2 y además incumple la obligación de resolver y notificar dentro del plazo máximo, en tal situación el silencio debe equipararse plenamente a una notificación defectuosa y, por tanto, no ha comenzado el plazo de interposición de un recurso o *dies a quo*, quedando abierto indefinidamente el plazo. En el segundo supuesto, si la Administración ha cumplido la obligación prevista en el artículo 42.4.2 pero no ha resuelto y notificado dentro del plazo máximo establecido, comenzaría el cómputo de seis meses previsto en el artículo 46.1 de la LJCA.

Pero esta tesis (como señala Aguado) parte de una premisa discutible como es la equiparación entre la comunicación del artículo 42.4.2 y la notificación de un acto expreso del artículo 58.2 de la LRJPAC. La finalidad de la notificación es proporcionar información suficiente, al finalizar el procedimiento, para que la persona interesada pueda conocer el contenido de la decisión y recurrirla en caso de disconformidad. En tanto que la obligación del artículo 42.4.2 tiene como finalidad la de proporcionar, al inicio del procedimiento, información sobre la obligación de resolver de la Administración y de los efectos del silencio ya sea positivo o negativo, pero no sobre el régimen de recursos procedentes en caso de silencio administrativo. Para este autor la notificación al interesado de la comunicación del artículo 42.4.2 no permite que comience el cómputo de seis meses una vez se ha producido el silencio administrativo. El artículo 46.1 *in fine* de la LJCA debe interpretarse de conformidad con el artículo 58.3 de la LRJPAC; por consiguiente, no es que aquel precepto haya quedado derogado por la Ley 4/1999, como afirma un sector doctrinal, sino que el plazo de seis meses para interponer el recurso en los supuestos de silencio negativo únicamente puede comenzar a contarse desde que la persona interesada realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda.

Pero veamos cuál es la postura del Tribunal Constitucional.

7.2. La doctrina del Tribunal Constitucional

1. El posicionamiento del Tribunal Constitucional acerca del silencio administrativo y su incidencia en el plazo para acudir a la vía jurisdiccional se resume en la reciente STC 14/2006, de 16 de enero, de singular

importancia porque en ella el Tribunal Constitucional actualiza la doctrina en esta materia a la vista de la vigente regulación del silencio administrativo a partir de la Ley 4/1999, doctrina actualizada o adaptada que luego será reiterada por sentencias posteriores.

2. La doctrina constitucional arranca con la STC 6/1986, de 21 de enero, que es la primera que declara la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva producida por resoluciones judiciales que inadmiten recursos contencioso-administrativos formulados frente al silencio negativo de la Administración una vez transcurrido el plazo legal (el que establecía el artículo 58.2 de la LJCA de 1956). Esta STC califica el silencio administrativo de carácter negativo como una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda llegar a la vía jurisdiccional, declarando que no es razonable una interpretación de la legalidad que prime la inactividad de la Administración, porque la coloca en mejor posición que si hubiese cumplido con su deber de resolver expresamente y hubiera realizado la notificación con todos los requisitos legales. El Tribunal Constitucional opta entonces por equiparar estos supuestos de silencio negativo con las notificaciones defectuosas que regulaba el artículo 79 de la LPA de 1958, las cuales no surten efecto hasta que el interesado hiciese alguna manifestación expresa de conocimiento del acto o interpusiera el recurso pertinente contra el mismo, o bien una vez transcurridos seis meses de las notificaciones practicadas que contenían el texto íntegro del acto pero adolecían de la falta de otros requisitos, como la indicación de los recursos procedentes, el plazo de interposición, etc. (artículo 79.4 de la LPA de 1958).

Dice esta sentencia que:

“El silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración; de ahí que, si bien en estos casos puede entenderse que el particular para poder optar por utilizar la vía de recurso ha de conocer el valor del silencio y el momento en que se produce la desestimación presunta, no puede, en cambio, calificarse de razonable una interpretación que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales. En estos casos puede entenderse que el particular conoce el texto íntegro del acto –la denegación presunta por razón de la ficción legal–, pero no los demás extremos que deben constar en la notificación, dado que el legislador no lo estima así ni en el caso de notificación expresa en que consta el contenido íntegro del acto, en cuyo supuesto el artículo 79.3 y 4 de la Ley de

procedimiento administrativo determina el régimen aplicable.

“En el presente caso, como hemos indicado, no puede calificarse de razonable –y menos aún de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental– una interpretación que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una resolución expresa notificada con todos los requisitos legales; puede, en cambio, responder a tales criterios una interpretación que equipare este supuesto a la notificación defectuosa –incluso si se quiere a una notificación defectuosa que contenga el texto íntegro del acto–, y es claro que en este caso no existe la causa de inadmisibilidad aplicada por la sentencia.”

3. Poco después, la STC 204/1987, de 21 de diciembre, precisaba que la equiparación del silencio administrativo lo es con la notificación defectuosa que no contiene el texto íntegro del acto, rechazando así la aplicación del artículo 79.4 de la LPA de 1958 (que establecía el plazo de seis meses para recurrir). De este modo, el plazo para recurrir el acto producido por silencio administrativo negativo no empieza a correr hasta que el interesado realice alguna manifestación de conocimiento de la desestimación o interpone el recurso contencioso-administrativo.

4. Otro grupo de STC otorgan el amparo en supuestos en los que la inadmisión del recurso por parte de los tribunales se fundaba en que el recurrente no había agotado la vía administrativa previa frente a una desestimación presunta, ya que no había solicitado el certificado de acto presunto que exigía la Ley 30/1992 en su redacción originaria, antes de la reforma operada por la Ley 4/1999. En este sentido resuelven las STC 3/2001, de 15 de enero, 184/2004, de 2 de noviembre, y 73/2005, de 4 de abril, rechazando tal interpretación por rigorista y claramente desproporcionada, puesto que el silencio administrativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, una vez agotados los recursos administrativos pertinentes, acceder a la jurisdicción superando los efectos de la inactividad de la Administración, sin que tal inactividad pueda colocarla en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver.

5. La STC 220/2003, de 15 de diciembre, al igual que la 204/1987, de 21 de diciembre, y la 188/2003, de 27 de octubre, se refiere a un supuesto en que la Administración tributaria giró una liquidación complementaria que fue recurrida en reposición sin que la Administración resolviera expresamente, y pasado un tiempo se notificó al recurrente la providencia de apremio relativa a la falta de pago de tal liquidación complementaria. El Tribunal Constitucional entiende que el acto expreso de ejecución (la providencia de apremio)

constituye “una reiteración del acto resolutorio del que trae causa, que no puede entenderse consentido y, en consecuencia, reabre los plazos legales de impugnación también de dicho acto resolutorio”.

Declara la citada STC 220/2003 que:

“sobre el tema que nos ocupa hemos declarado, en reiteradas ocasiones, que la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente en plazo solicitudes de los ciudadanos, pues este deber entronca con la cláusula del Estado de derecho (artículo 1.1 de la CE), así como con los valores que proclaman los artículos 24.1, 103.1 y 106.1 de la CE (por todas, STC 6/1986, de 21 de enero, F 3; 204/1987, de 21 de diciembre, F 4; 180/1991, de 23 de septiembre, F 1; 86/1998, de 21 de abril, F 5 y 6; 71/2001, de 26 de marzo, F 4, y 188/2003, de 27 de octubre, F 6). Por este motivo hemos dicho también que el silencio administrativo de carácter negativo se configura como ‘una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración’, de manera que, en estos casos, no puede calificarse de razonable aquella interpretación de los preceptos legales ‘que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver’ [STC 6/1986, de 21 de enero, F 3; 204/1987, de 21 de diciembre, F 4; 180/1991, de 23 de septiembre, F 1; 294/1994, de 7 de noviembre, F 4; 3/2001, de 15 de enero, F 7, y 179/2003, de 13 de octubre, F 4].” (F 5)

6. De particular importancia nos parece, como ya hemos anunciado al inicio, la STC 14/2006, de 16 de enero, en la que el Tribunal Constitucional confirma y adapta su doctrina a la nueva regulación dada por la Ley 4/1999.

El supuesto de hecho que dio lugar a la sentencia es el siguiente: las comunidades de propietarios de los edificios Holanda y España-Francia solicitaron al Ayuntamiento de Torreveja que declarase ilegal y anulase la licencia de obras concedida a una constructora, pues la obra proyectada en unos terrenos colindantes con los de las comunidades de propietarios invadía, de hecho, su propiedad. El Ayuntamiento no resolvió expresamente su solicitud ni tampoco cumplió con la obligación de informar a los interesados del plazo máximo para la resolución expresa y del sentido del silencio (artículo 42.4.2 de la Ley 30/1992, con la modificación introducida por la Ley 4/1999). Una vez transcurridos más de nueve meses desde la presentación de la solicitud, los recurrentes formularon un recurso contencioso administrativo frente a la desestimación presunta de la misma. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Elche declaró el recurso contencioso inadmisibles por extemporáneo, al haber transcurrido el plazo de siete meses que te-

nían los recurrentes para formular el recurso contencioso administrativo (ex artículos 117 de la LRJPAC y 46.1 de la LJCA); dicha sentencia de instancia fue confirmada por la sentencia de 11 de marzo de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

El Tribunal Constitucional resume la doctrina elaborada respecto del silencio administrativo en las distintas etapas legislativas y declara:

“Por todas estas razones, procede reafirmar la vigencia de la anterior doctrina contenida en la STC 6/1986, de 21 de enero, y sostener ahora, al igual que entonces, la lesión de la primera manifestación del derecho a la efectividad de la tutela judicial, porque, en el presente caso (y es preciso recordar que la Administración ni resolvió de manera expresa, ni informó a las recurrentes de las consecuencias jurídicas del silencio administrativo negativo, entre ellas, del plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo), no puede calificarse de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental aquella que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una resolución expresa notificada con todos los requisitos legales, cuando, como se ha dicho antes, caben otras interpretaciones que, en último término, eviten la contradicción y posición contraria al principio *pro actione* que supone admitir que las notificaciones defectuosas –que implican el cumplimiento por la Administración de su obligación de resolver expresamente– puedan surtir efectos ‘a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda’ (artículo 58.3 de la LRJ-PAC), esto es, sin consideración a plazo alguno.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basa en la doctrina constitucional sobre el acceso a la jurisdicción y el principio *pro actione*, y así mismo en la interpretación del artículo 46.1 de la LJCA de 1998 de forma respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, evitando así el planteamiento de la auto-cuestión de inconstitucionalidad de dicho precepto y la elevación del asunto al Pleno del Tribunal Constitucional (artículo 55.2 de la LOTC) (la postura del Tribunal Constitucional a este respecto es coherente con la doctrina constitucional relativa al principio de conservación de la ley, en virtud de la cual sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma; STC 111/1993, de 25 de marzo; 24/2004, de 24 de febrero, y 131/2006, de 27 de abril).

La citada STC se refiere a la consideración del silencio administrativo, tras la reforma de la Ley 4/1999, como una ficción legal y no ya como acto presunto. Así mismo, en el fundamento 4, el Tribunal Constitucional se refiere a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004, que resuelve un recurso de casación en interés de ley sobre el artículo 46.1 de la LJCA, acogiendo la doctrina del Tribunal Supremo e incorporándola a la propia STC 14/2006. Declara el Tribunal Constitucional que los plazos para formular el recurso contencioso-administrativo en supuestos de silencio administrativo negativo no empiezan a correr cuando la Administración haya incumplido, además del deber de resolver expresamente, el deber que le impone el artículo 42.4.2 de la LRJPAC de comunicar a los interesados el plazo establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Esta interpretación sería posible, según la sentencia del Tribunal Constitucional, puesto que el artículo 46.1 de la LJCA se remite a la normativa específica del acto administrativo para determinar cuándo empieza a correr el cómputo de los seis meses.

Como se ve, el Tribunal Constitucional no da el paso de declarar inconstitucional el artículo 46.1 de la LJCA, en cuanto fija plazos para interponer el recurso contencioso-administrativo contra actos ficticios o desestimatorios por silencio administrativo, y esta es la denuncia que motiva el voto particular de dos magistrados. Lo que hace la STC es una interpretación del citado precepto *secundum Constitutionem* para el caso de que la Administración no sólo no haya resuelto expresamente sino que, además, no haya cumplido con el deber previsto en el artículo 42.4.2 de la LRJPAC.

Después de esta STC 14/2006 hay que citar las sentencias 39/2006, de 13 de febrero; 175/2006, de 5 de junio; 186/2006, de 19 de junio; 27/2007, de 12 de febrero, y 64/2007, de 27 de marzo, que confirman la doctrina según la cual, en suma, toda interpretación de someter a plazo el ejercicio de la acción jurisdiccional frente al silencio administrativo es rigorista y contraria a la Constitución.

7. La reciente STC 3/2008, de 21 de enero, se enfrenta al mismo supuesto y ofrece la misma solución. Aquí el particular dedujo una petición a la Administración en febrero de 2001, y ante su silencio la reiteró en abril de 2002. Contra la desestimación por silencio de esta segunda solicitud interpuso un recurso contencioso-administrativo en enero de 2003, que fue estimado en primera instancia. El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, sin embargo, estimó la apelación al considerar que el recurrente, conforme previene el artículo 46.1 de la LJCA, debió interponer el recurso jurisdiccional en el plazo de seis meses a contar desde la

desestimación por silencio de su primera solicitud, sin que el hecho de que reiterara su reclamación una vez transcurrido ya dicho plazo permita reabrir el plazo para impugnar en vía judicial la nueva desestimación por silencio administrativo.

El STC corrige el criterio del Tribunal Superior de Justicia a partir de la consolidada doctrina que arranca desde la STC 6/1986. Conforme a esta doctrina constitucional, que comienza por subrayar que el silencio administrativo negativo es simplemente una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración, el Tribunal Constitucional recuerda que: a) frente a las desestimaciones por silencio, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que, sin embargo, no es exigible a la Administración en el cumplimiento de su deber legal de dictar resolución expresa en todos los procedimientos, y b) deducir de ese comportamiento pasivo del interesado su consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, negando al propio tiempo la posibilidad de reactivar el plazo de impugnación mediante la reiteración de la solicitud desatendida, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable –y menos aún con arreglo al principio *pro actione*, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental del artículo 24 de la CE–, al primar injustificadamente la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa.

7.3. La doctrina del Tribunal Supremo

1. Por su parte, la STS de 23 de enero de 2004 (que es citada por la STC 14/2006) marca un hito importante, pues supone un cambio de rumbo en la doctrina jurisprudencial que, con anterioridad a la Ley 4/1999, venía aplicando un plazo preclusivo para interponer el recurso jurisdiccional en los casos de silencio negativo.

Esta STS, dictada en recurso de casación en interés de ley y con aplicación de la reforma operada por la Ley 4/1999, viene a declarar la inexistencia de plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo frente al silencio administrativo negativo. Frente a las alegaciones de la Diputación Provincial de Sevilla contra la sentencia de instancia que había rechazado la inadmisibilidad del recurso, razona el Tribunal Supremo en los siguientes términos:

a) En relación con el argumento de seguridad jurídica, advierte que:

“La Administración no puede ocultar, ni desconocer, que es ella quien genera la situación de inseguridad al no dictar resolución expresa. Tampoco puede olvidar que esa omisión constituye un frontal incumplimiento del mandato contenido en el artículo 42.1 de la LRJPAC. Siendo esto así, como lo es, no es de recibo que quien genera mediante una conducta claramente ilegal y contraria al ordenamiento una situación de inseguridad jurídica puede esgrimir esa inseguridad a su favor, pretendiendo obtener de ella ventajas frente a quienes sufren los efectos de la inseguridad creada. Hemos dicho de modo reiterado que nadie puede obtener beneficios de sus propios errores, omisiones e infracciones.”

b) Frente a la alegación de infracción del artículo 46.1 de la LJCA de 1998 señala el Tribunal Supremo en esta sentencia que el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 6/1986, 204/1987 y 63/1995, concluyó que la situación de silencio negativo era equiparable a la propia de una notificación defectuosa, ya que el interesado no era informado sobre la posibilidad de interponer recursos, ante qué órgano y en qué plazo, lo que habilitaba para aplicar el régimen previsto en el artículo 79.3 de la LPA de 1958, hoy artículo 58 de la LRJPAC, de manera que la notificación sólo es eficaz desde que se interponga el recurso procedente.

El Tribunal Supremo había mantenido esta doctrina en sentencias de 14 y 26 de enero de 2000 y, dice la STS que comentamos, sigue siendo válida en la actualidad a partir de lo que establece el artículo 42.2.2 de la LRJPAC (que obliga en todo caso a las administraciones públicas a informar a los interesados del plazo que la Administración tiene para resolver y de los efectos del silencio administrativo), que tiene su origen en el artículo 9 de la CE, desarrollado por el legislador precisamente para garantizar la seguridad jurídica:

“La exégesis de ese texto [el artículo 42.4.2], complementada con la doctrina constitucional antes transcrita, obliga a concluir que en tanto las administraciones públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto se refiere los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr. En el supuesto que decidimos no se ha producido esta notificación, razón por la que el plazo para la interposición del recurso contencioso no ha comenzado, resultando improcedente, como hace la sentencia impugnada, la inadmisibilidad alegada.”

Además, indica la STS que, por lo expuesto, el artículo 46.1 de la LJCA, en cuanto se refiere a los actos presuntos, no es aplicable a los supuestos de silencio negativo, que, según la regulación de la Ley 4/1999, quedan configurados como una ficción legal y no como un acto presunto (FJ 4).

2. La STS de 4 de abril de 2005 reitera esta doctrina: recuerda que la extemporaneidad de los recursos

contra las desestimaciones por silencio administrativo no fue una cuestión pacífica bajo la LJCA de 1956, pero a partir de la STS de 23 de enero de 2004 se ha mantenido una interpretación restrictiva del artículo 46.1 de la LJCA de 1998. En el caso que examinó esta STS tampoco se había producido la notificación prevista por el artículo 42.4.2, y basa su decisión en dos argumentaciones: a) la equiparación del silencio administrativo a una notificación defectuosa comporta que “en tanto las administraciones públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto se refiere [artículo 42.4.2 de la LRJPAC] los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr”, y b) la remisión que el artículo 46.1 de la LJCA hace al acto presunto no es susceptible de ser aplicada al silencio negativo, pues la LRJPAC configura el silencio negativo como una ficción y no como un acto presunto.

3. La doctrina es reiterada por la STS de 19 de julio de 2006 en un supuesto al que es aplicable la Ley 4/1999. Señala en este caso la citada sentencia que:

“Ello implica que el interesado tiene derecho a reiterar sus peticiones a la Administración para que ésta resuelva expresamente, de manera que, transcurrido el plazo señalado en la Ley para tener por desestimada una solicitud, el interesado tiene expedita la vía para deducir el oportuno recurso administrativo o jurisdiccional, pero también está en su derecho de recabar una decisión expresa de la Administración, que reabrirá la posibilidad de interponer frente a ella el recurso procedente.

“El que la Ley jurisdiccional haya fijado unos plazos para deducir el recurso contencioso-administrativo (artículos 46.1 y 4) frente a los actos presuntos, no exime a la Administración de dictar resolución expresa ni limita el derecho del interesado a recabar de ésta que así se pronuncie, lo que, en definitiva, abre de nuevo el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo, ya que a la desestimación por silencio administrativo no cabe aplicarle la teoría del acto consentido y firme, según se deduce de la doctrina recogida en las sentencias del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 1987 y de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 4 de abril de 1998 y 24 de junio de 2000.”

Esa sentencia viene a decir, por tanto, que a) el silencio administrativo no es acto presunto ni tampoco desestimación; b) en tales casos puede reiterarse la petición a la Administración, y c) el plazo de recurso jurisdiccional se abre cada vez que recaba de la Administración una resolución expresa.

De modo que la falta de resolución expresa y notificación dentro del plazo máximo establecido por la Ley, cuando el particular deba entender desestimada su solicitud, provoca que el plazo de recurso siga

abierto, como resulta de la doctrina constitucional antes transcrita. El particular puede optar por: a) interponer el recurso administrativo o contencioso-administrativo, sin esperar a la resolución expresa de la Administración; b) esperar a que la Administración resuelva expresamente, y c) requerir a la Administración para que dicte resolución expresa, reabriendo así un nuevo plazo de recurso.

Podemos concluir que la pauta fundamental para la interpretación y aplicación del nuevo régimen jurídico del silencio administrativo, en los casos en que la Administración incumple su obligación de dictar y notificar la resolución expresa dentro del plazo máximo establecido por la Ley, teniendo en cuenta la doctrina constitucional, es aceptar como premisa su naturaleza de mecanismo de garantía para el ciudadano y su necesaria concepción y asimilación de conformidad con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE) y con el principio *pro actione*, que debe desembocar en la solución más favorable para el acceso del ciudadano a la jurisdicción.

Bibliografía

AGUADO I CUDOLÀ, V. “El silencio administrativo: Proceso evolutivo y claves del régimen actual”, en *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, p. 131 y ss., coordinado por Quintana López, T., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “La inexistencia del plazo para recurrir en vía contencioso-administrativa. Derogación del artículo 46.1 de la LJCA de 1998”, *REDA*, 105, p. 127 y ss.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., “El silencio administrativo y los plazos para incoar procesos en relación al acto presunto”, en la obra colectiva *Organización y procedimientos administrativos*, dirigida por Alenza García y Razquín Lizarraga, libro homenaje al profesor Francisco González Navarro, Thomson Aranzadi.

MACÍAS CASTAÑO, J.M., “El silencio administrativo. Su actual regulación y conflictos procesales”, en *Cuadernos de Derecho Local*, 0, octubre de 2002, p. 67-70.

MORILLO VELARDE. “El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas”, *RAP*, 159/2002, p. 87 y ss.

NIETO GARRIDO, E., “Silencio administrativo y acceso a la jurisdicción en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *RAP*, 170/2006, p. 191 y ss.

RAZQUÍN LIZARRAGA, M., “Silencio administrativo y entes locales: Últimos pronunciamientos jurisprudenciales”, en la obra colectiva *Organización y procedimientos administrativos*, dirigida por Alenza García y Razquín Lizarraga, libro homenaje al profesor Francisco González Navarro, Thomson Aranzadi. ■

La Policía Local como policía judicial

1. La posición general de los municipios en materia de seguridad.
 - 1.1. La organización de la seguridad pública. 1.2. Las competencias municipales.
 - 1.2.1. El planteamiento en la legislación estatal. 1.2.2. El planteamiento en la legislación de Cataluña.
 2. Policía judicial y otras formas de colaboración.
 - 2.1. Delimitación del concepto de policía judicial. 2.2. Auxilio judicial y ejercicio de competencias delegadas.
 3. El encaje de las policías locales como policía judicial.
 4. El régimen jurídico de actuación.
 - 4.1. Régimen jurídico en las actuaciones de las policías locales en tanto que policía judicial. 4.1.1. En actuaciones preprocesales. 4.1.2. En el marco del proceso penal.
 - 4.2. Régimen jurídico en actuaciones de policía de seguridad.

Eduardo Paricio Rallo
Magistrado

1. La posición general de los municipios en materia de seguridad

1.1. La organización de la seguridad pública

Antes de situar a los municipios en el entramado general de la seguridad pública conviene poner de relieve algunas características de este sector de la actividad administrativa, características que ponen de manifiesto una situación de estancamiento histórico:

a) La organización actual de la seguridad no responde propiamente a las características de un servicio público; esto es, una acción pública orientada a la satisfacción de un derecho subjetivo de los ciudadanos en tanto que derecho exigible.

En efecto, tradicionalmente la seguridad ha quedado centrada en una actividad meramente policial, actividad que se desarrolla en la persecución de ilícitos, sean penales sean administrativos. Estamos, pues, en el contexto de una actividad esencialmente represiva típica del Estado liberal, actividad que no ha cambiado sustancialmente hasta ahora. Esta situación contrasta con la evolución que otros sectores de la actividad han experimentado al hilo de la progresión de derechos subjetivos, la aparición de los derechos colectivos, y la correlativa articulación de servicios públicos orientados a la protección o satisfacción de aquéllos.

Ocurre que también la seguridad queda configurada como un derecho subjetivo, y así se desprende de los artículos 15 y 17 de la Constitución española, preceptos que establecen el derecho a la libertad, a la seguridad, a la integridad física y moral. Paralelamente el artículo 104 de la CE establece que las fuerzas y cuerpos de seguridad tienen la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

El caso es que lo que define un servicio público es la garantía de un derecho o unos derechos, de forma que devienen exigibles en una concreta intensidad, lo que paralelamente supone la articulación de una organización administrativa destinada a prestar el servicio en cuestión y del cual resulta responsable ante el ciudadano.

En el caso de la seguridad la vertiente puramente represiva de la acción pública ha quedado sumamente desarrollada, y también si se quiere la vertiente organizativa, tanto policial como judicial; pero la posición del ciudadano frente a ese ordenamiento sancionador y organizativo es sumamente débil fuera del proceso judicial. El derecho a la seguridad no se traduce en prestaciones que sean exigibles en una buena parte de aspectos que resultan esenciales como los de prevención, el despliegue de operativos de vigilancia, la velocidad de respuesta del sistema,

etc. No existen estándares que den la medida del derecho del ciudadano a la seguridad, como tampoco se han generalizado en materia de seguridad las garantías ordinarias de los ciudadanos respecto a la actividad de intervención, que son esencialmente las garantías establecidas en la Ley 30/1992. Incluso en el ámbito propiamente sancionador la posición del denunciante queda sumamente disminuida.

En definitiva, no existe en materia de seguridad una respuesta pública comparable con la que se ha articulado respecto a otros derechos como la salud, la educación o los servicios sociales.

b) Tradicionalmente no ha existido propiamente un sistema de seguridad como tal sistema. En un contexto de dispersión competencial entre diversas administraciones y diferentes cuerpos policiales y de crecimiento notable de la seguridad privada, no se han articulado hasta ahora los mecanismos de cohesión –planificación, coordinación, información, prevención– que permitan garantizar el funcionamiento de las partes como un sistema integrado.

Esta circunstancia ha sido afrontada de forma meritoria en Cataluña a partir de la Ley 4/2003, de ordenación del sistema de seguridad, una ley que aborda cuestiones tan elementales como la planificación, la coordinación y cooperación, la participación ciudadana, e incluso el establecimiento de estándares mediante cartas de servicios públicos. Una ley que, sin embargo, es tan meritoria como inaplicada todavía.

c) La Generalitat de Catalunya ha asumido una posición central en materia de seguridad a pesar de la debilidad de los títulos competenciales que ostenta, una posición que ha comportado el desplazamiento de los servicios ordinarios de seguridad a los Mossos d'Esquadra sobre la base de un simple acuerdo de la Junta de Seguridad de Cataluña, en un contexto en que la competencia en materia de seguridad queda constitucionalmente atribuida a la Administración del Estado con carácter exclusivo y bajo unas leyes orgánicas de fuerzas y cuerpos de seguridad y de seguridad ciudadana que sitúan a las comunidades autónomas en una posición absolutamente marginal.

Así ha sido hasta el actual Estatuto de autonomía, cuyo artículo 164 ha venido a dar cobertura a la situación.

d) La legislación afronta la distribución de competencias entre administraciones públicas y cuerpos de seguridad sobre la base de conceptos poco precisos, como seguridad ciudadana, seguridad del Estado, orden público, policía de seguridad, policía de proximidad, policía comunitaria, vigilancia en espacios públicos, protección de personas y bienes o seguridad en lugares públicos. Conceptos todos ellos que coexisten y se entremezclan, circunstancia que no

permite definir claramente las responsabilidades de cada nivel de gobierno.

Una situación que ha propiciado modelos de prestación de la seguridad muy variados según el municipio.

e) El régimen jurídico aplicable a la acción de policía se mueve de forma a veces confusa entre el Derecho Procesal Penal y el Derecho Administrativo, de modo que no acaba de quedar clara la situación en actuaciones preprocesales, como tampoco es clara la posición de las administraciones –singularmente los municipios– en sus relaciones con las policías judiciales y con el sistema judicial. En este sentido llama la atención cómo la posición municipal en tanto que Administración autónoma y el sofisticado sistema de relaciones interadministrativas desaparecen acriticamente ante cualquier requerimiento judicial.

1.2. Las competencias municipales

1.2.1. El planteamiento en la legislación estatal

Tradicionalmente los municipios han constituido un nivel de administración competente en materia de seguridad, aunque también es cierto que sólo ejercían materialmente tal competencia los municipios dotados de Policía Local, que son los menos. Esta competencia histórica incluía la consideración del Alcalde como autoridad en materia de seguridad junto a las autoridades del Ministerio de Gobernación y del Gobernador Civil.

Ciertamente tal posición municipal respondía a una situación histórica en que la debilidad de las estructuras territoriales de la Administración central obligaba a reconocer a los ayuntamientos un buen margen de actuación. Por otro lado, la posición subordinada de los municipios hasta la Constitución y la designación del Alcalde por parte del Gobernador Civil facilitaban este rol local en materia de seguridad.

La situación cambió a partir del nuevo sistema constitucional. El primer síntoma fue la rápida retirada de la condición de autoridad en materia de seguridad que hasta entonces habían recibido los alcaldes, una retirada que se efectuó precisamente en el año 1979, poco antes de las primeras elecciones municipales. A partir de aquel momento, la posición municipal en la materia ha quedado en una constante ambigüedad de fondo.

Es cierto que la nueva configuración del ordenamiento local introducida a partir de la Ley de bases del régimen local incluye un título competencial ciertamente amplio en esta materia. Así, el artículo 25.1.a) atribuye a los municipios nada menos que la “seguridad en lugares públicos”, aunque tal atribución es en realidad un simple anuncio de lo que después habrán de concretar las leyes sectoriales, y el caso es que la posterior legislación ordinaria no

acaba de resolver el papel que corresponde a los municipios.

Pues bien, como ya se ha apuntado, no existe propiamente una ley estatal de seguridad que ordene sistemáticamente este sector. La Ley orgánica 1/1992, de protección de la seguridad ciudadana, es una norma de contenido parcial y no sistemático que se limita a regular sólo algunos aspectos puntuales en la materia, pero que no define un sistema de seguridad. Por su parte, la Ley orgánica 2/1986, de fuerzas y cuerpos de seguridad, no establece propiamente unas competencias municipales, sino un conjunto de competencias de las policías locales. Planteamiento ciertamente equívoco, puesto que las competencias son imputables en todo caso a los niveles de gobierno o a las autoridades correspondientes, pero no a los cuerpos funcionariales, que no son más que instrumentos de ejecución. La primera consecuencia de tal planteamiento es que prácticamente quedan excluidos del sistema todos los municipios que no disponen de cuerpo de policía local.

Sea como fuere, la atribución de funciones a las policías locales se centra en la autoprotección institucional, la circulación urbana y el cumplimiento de las normas y resoluciones municipales. Juntamente con tales competencias específicas, se incluye una cláusula mucho más general, “Vigilar los espacios públicos”, y un conjunto de funciones de mera colaboración que, en conjunto, no permiten perfilar nítidamente la responsabilidad exacta de las policías locales en el conjunto de autoridades y cuerpos competentes.

A su vez, la Ley de seguridad ciudadana consolida la marginación municipal respecto al sistema de seguridad al excluir a los alcaldes del listado de autoridades en la materia. Por lo demás, la Ley orgánica 1/1992 se limita a reconocer a la Administración y a los cuerpos policiales un conjunto de potestades de intervención y a mejorar el sistema sancionador administrativo en la materia. Se trata de una ley tangencial en el sistema, que se limita a una vocación claramente sancionadora y no organizativa.

El resultado que se deriva del marco normativo citado es que los municipios, si bien asumen una posición relativamente marginal en el sistema, disponen en cambio de títulos competenciales ciertamente amplios –igual que las restantes administraciones públicas–, lo que permite dar cobertura a modelos de distribución de funciones bien diferentes.

Tal amplitud y ambigüedad competencial supone en la práctica que haya municipios que, por vocación o por necesidad, han asumido un papel notablemente activo en materia de seguridad, mientras que otros se limitan a funciones de tráfico y de policía administrativa.

1.2.2. El planteamiento en la legislación de Cataluña

La Ley 4/2003, del sistema de seguridad de Cataluña, reconoce en su artículo 4.3 la competencia de los alcaldes en la dirección de la política de seguridad del municipio de acuerdo con sus competencias y en el marco del Plan de seguridad, la de ordenar y dirigir las actuaciones municipales en materia de seguridad, y el mando superior de la policía municipal.

A su vez, el artículo 28.3 determina las funciones de las policías locales, entre las que se incluyen la protección de autoridades e instalaciones municipales, la policía administrativa en el ámbito de las competencias municipales, la colaboración en las funciones de la policía de seguridad ciudadana, la policía comunitaria en el ámbito de la convivencia vecinal y de los servicios públicos locales, las que le correspondan en calidad de policía judicial y, aparte, reconoce como competencias compartidas la policía de proximidad, el auxilio y asistencia ciudadanos, la intervención en la resolución amistosa de conflictos privados y la vigilancia en espacios públicos.

Así pues, se trata pues de una ley a primera vista más ambiciosa, aunque si se analiza atentamente, las cláusulas de atribución competencial quedan en muchos casos fuertemente matizadas.

Por su parte, el artículo 84.2 del Estatuto de autonomía establece la competencia de los gobiernos locales respecto a “la regulación de las condiciones de seguridad de las actividades organizadas en espacios públicos y en locales de concurrencia pública y la coordinación mediante las juntas de seguridad de los diversos cuerpos y fuerzas presentes en el municipio”.

El artículo 164 atribuye a la Generalitat de Catalunya el grueso de las competencias ordinarias en la materia, competencias que incluyen la planificación y la regulación del sistema de seguridad, la ordenación de las policías locales y la seguridad ciudadana y el orden público en general a través del cuerpo de los Mossos d’Esquadra.

Así pues, la Ley del sistema de seguridad parece mejorar la posición de las policías locales, aunque la base constitucional de tal ley es dudosa si se tiene en cuenta que la competencia exclusiva en la materia corresponde al Estado, o así era hasta el Estatuto de autonomía.

El planteamiento de la Ley del sistema de seguridad no ha quedado recogido sin embargo en el propio Estatuto de autonomía, en la medida en que se limita a atribuir a los municipios una competencia exclusivamente reguladora, pero no ejecutiva, aparte de la presidencia de la Junta de Seguridad Local donde ésta exista.

2. Policía judicial y otras formas de colaboración

2.1. Delimitación del concepto de policía judicial

El artículo 126 de la Constitución española aborda la policía judicial en los siguientes términos:

“La policía judicial depende de los jueces, de los tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.”

Se ha discutido mucho si el concepto de policía es de carácter orgánico, esto es, que se refiere a unidades orgánicas adscritas a juzgados y fiscalías, o bien se trata de una mera función que asumen las diversas policías. Finalmente, la opción que se ha decantado en nuestra legislación es la funcional, de forma que la policía judicial es asumida por las distintas unidades policiales como más adelante se dirá, aunque se hayan adscrito algunas unidades a juzgados, unidades que sin embargo dependen orgánicamente del Ministerio del Interior.

En cualquier caso, no hay duda que la policía judicial se circunscribe al ámbito del enjuiciamiento criminal, de forma que esta función sólo existe si hay delito, y en relación con una investigación criminal. La relación con jueces y tribunales en otros ámbitos no puede ser encajada en la función de policía judicial. Incluso las actividades de vigilancia de carácter general relacionadas con la prevención de delitos y faltas no han de ser calificadas como policía judicial hasta que en el curso de las mismas se identifique al menos la comisión de un ilícito penal.

Los artículos 547 de la Ley orgánica del Poder Judicial y 282 de la Ley de enjuiciamiento criminal abundan en esta idea al referirse a la policía judicial como un “auxilio de los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes”.

Ahora bien, la policía judicial no se limita sólo al cumplimiento de órdenes o instrucciones judiciales o del fiscal, sino que incluye también la actuación previa a la apertura de diligencias; esto es, a partir del momento que en el curso de una actuación ordinaria se constatan indicios de delito en cualquiera de las formas de responsabilidad penal posibles, lo que incluye delitos no llegados a cometer pero en los que se aprecie al menos el grado de tentativa. Otra cosa es que esta actuación preliminar sea estrictamente provisional, de forma que el funcionario debe comunicar la situación de forma inmediata al juez o fiscal (artículo 284 de la LECr), en todo caso antes de veinticuatro horas (artículo 295 de la LECr).

Cabe señalar que esta actuación preliminar es particularmente intensa en el caso de los delitos flagrantes que se citan en el artículo 795 de la LECr respecto al juicio rápido, situación en la que el agente asume en solitario el grueso de las funciones de investigación y aseguramiento de pruebas, incluso la cita de imputados, ofendidos y testigos ante el juzgado de guardia (artículo 796 de la LECr).

2.2. Auxilio judicial y ejercicio de competencias delegadas

La policía judicial no agota las relaciones instrumentales entre el aparato judicial y las administraciones públicas. En efecto, una de las situaciones más frecuentes es la que se genera a partir del auxilio que personas y entidades de todo tipo deben prestar a jueces y tribunales. Deber de colaboración que incluye a funcionarios, autoridades y administraciones públicas. El artículo 118 de la Constitución española establece en este sentido lo siguiente:

“Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.”

Un planteamiento que reproduce el artículo 17 de la LOPJ y que define un deber de colaboración virtualmente ilimitado, aunque este último precepto matiza que dicho deber lo es “en la forma que la ley establezca” y “con las excepciones que establezca la Constitución y las leyes”.

Por consiguiente, cualquier requerimiento dirigido por jueces y tribunales se enmarca en el deber de auxilio judicial, excepto los requerimientos y órdenes dirigidos a la Policía Local en el marco de unas diligencias penales abiertas, situación que responde específicamente a la función de policía judicial que les es propia.

Las administraciones locales participan frecuentemente en estas funciones de auxilio judicial. Así sucede, por ejemplo, con los depósitos de vehículos u otros objetos a disposición judicial, o la atención a los desahucios para hacerse cargo de los enseres desalojados.

Nótese que el deber tal como queda formulado en la Constitución y en la LOPJ se circunscribe a los requerimientos efectuados por la autoridad judicial en sentido estricto, aunque el estatuto del Ministerio Fiscal establece también el deber de auxilio de autoridades y funcionarios respecto a los requerimientos efectuados por fiscales. En lo que respecta a la policía judicial, la LECr se limita a prever la posibilidad de requerir el auxilio de otros miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad si fuera necesario (artículo 772), pero la Ley orgánica de seguridad ciudadana

también extiende el deber de auxilio a las fuerzas y cuerpos de seguridad por parte de “todas las autoridades y funcionarios públicos en el ámbito de sus competencias”. Así mismo, el artículo 34.2 de la LOFCS se refiere al auxilio necesario de autoridades y particulares a los miembros de las unidades de policía judicial.

Según se ha visto, el requerimiento de colaboración o de auxilio se concibe en el marco de una relación cuasi jerárquica, como una orden, puesto que la colaboración es obligada. En este sentido, la Constitución sitúa el deber de auxilio en el mismo plano que el deber de cumplimiento de sentencias y resoluciones judiciales. De forma que el deber se configura inicialmente como una relación de sumisión, sin más.

La cuestión es cuáles son los límites de esta sumisión o, más particularmente, en qué medida la Administración pierde su estatus autónomo y entra en excepción el sofisticado sistema de relaciones interadministrativas que protege a las entidades locales para convertirlas en un mero ente instrumental del aparato judicial. Éste es un aspecto nada estudiado, pero en cualquier caso cabe recordar que la LOPJ circunscribe el deber de auxilio y colaboración al marco legal, de forma que hay que entender que este deber de colaboración no es ilimitado sino que se refiere a lo posible según la disponibilidad de medios de la Administración o autoridad requerida (*ad impossibilia nemo tenetur*) y al marco de las competencias y funciones que son propias de las administraciones locales, en el bien entendido por otro lado que las ayudas o los auxilios a la autoridad judicial se ciñen a un concreto procedimiento judicial, de forma que se configuran como actuaciones puntuales y no como funciones generales o permanentes.

La cuestión es cómo reaccionar ante un requerimiento judicial que pueda considerarse excesivo, puesto que la Administración afectada no está persona en el procedimiento en el que se enmarca la orden en cuestión, ni tiene por qué estarlo. Pues bien, cabe entender que la Administración dispone de un mecanismo de reacción jurídica que es el conflicto de competencias –en este caso un conflicto negativo– previsto en el artículo 28 de la LOPJ, institución por otro lado muy escasamente utilizada en la práctica.

Como se ha dicho, el auxilio judicial se refiere a requerimientos puntuales. Cuando tales requerimientos se generalizan devienen en una función permanente de apoyo a la justicia, de forma que estamos en este caso ante una competencia delegada. El caso paradigmático es el de los depósitos de detenidos. No hay duda que ésta es una función o un servicio que no corresponde a los municipios, de forma que

la imposición a los mismos debe efectuarse por norma con rango de ley y con dotación de los recursos financieros necesarios –artículos 7.1 y 27.3 de la LRBRL–. Una dotación que debe ser suficiente como para atender a todos los gastos reales generados (STS de 21 de febrero de 1998).

Ahora bien, el deber de financiación no se limita al ejercicio de competencias delegadas, sino que alcanza también a cualquier otra función de colaboración o auxilio judicial; el artículo 17 de la LOPJ es claro al respecto. Cabe recordar en este punto que la jurisprudencia ha establecido una reserva de ley para la imposición de cargas financieras a las entidades locales (STS de 29 de setiembre de 1995, recurso 456/1993).

Un derecho a la financiación que, sin embargo, es discutible que se extienda a las funciones de la Policía Local como policía judicial, puesto que, como se verá, esta función está definida como competencia propia. El deber de financiación queda referido al ejercicio de competencias ajenas o atípicas, puesto que para el ejercicio de las competencias propias el ayuntamiento dispone de un sistema de recursos propio.

En nuestro caso debe entenderse que el responsable de enjuagar estos costes es la Generalitat de Catalunya en su calidad de responsable de los medios materiales de la Administración de justicia (artículos 104 del EAC y 37 de la LOPJ). Así pues, ante los gastos generados procede sin más el cargo financiero correspondiente al Departamento de Justicia.

3. El encaje de las policías locales como policía judicial

La atribución de las funciones de policía judicial a las policías locales es ya antigua. El artículo 283 de la LECr reconoció ya tal condición no sólo a “serenos, celadores y cualesquiera otros agentes de la policía urbana o rural”, sino también a “alcaldes, tenientes de alcalde y alcaldes de barrio”.

La cuestión no es si las policías locales tienen la condición de policía judicial sino con qué intensidad la tienen, esto es, si se trata de una función ordinaria o bien de una función colateral, de forma que su intervención se ha de limitar a un segundo plano. En este punto la legislación aplicable se ha ido modificando sucesivamente en una progresión claramente limitadora de la instrumentalización de las policías locales en este ámbito.

En efecto, el planteamiento histórico es el que se introdujo en la Ley orgánica del Poder Judicial del año 1985, de forma que al margen de la existencia de unidades orgánicas de policía judicial dependientes funcionalmente de juzgados y tribunales, la función de policía judicial afectaba también por igual y sin matices a todos los miembros de las fuerzas y cuer-

pos de seguridad (artículo 443 de la LOPJ en su redacción primitiva).

Ahora bien, el planteamiento cambió en la Ley orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad de 1986, puesto que la función de las policías locales quedó reducida a una mera participación “con carácter de colaborador de las fuerzas de seguridad del Estado” (artículos 53 y 29.2), de forma que la Policía Nacional y la Guardia Civil pasaban a ser las titulares ordinarias de esta función (artículo 29.1) y el papel de las policías locales quedaba relegado a un segundo plano.

Este giro quedó plasmado y si se quiere radicalizado en el Real decreto 769/1987, sobre regulación de la policía judicial, cuyo artículo 7 atribuye el carácter de policía judicial “en sentido estricto” a las unidades orgánicas integradas por el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil, limitándose de forma significativa el campo de actuación de las restantes fuerzas y cuerpos de seguridad. Así se pronuncia el artículo 3:

“Los jueces, tribunales y miembros del Ministerio Fiscal podrán, en defecto de unidades de policía judicial, con carácter transitorio o en supuestos de urgencia y siempre con sujeción a su respectivo ámbito legal y territorial de atribuciones, encomendar a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad la práctica de concretas diligencias de investigación, en los términos previstos en el artículo 288 de la Ley de enjuiciamiento criminal.”

Cabe citar en esta progresión legislativa la modificación de la Ley orgánica del Poder Judicial efectuada por la Ley orgánica 19/2003, ley que incluye en el nuevo artículo 547 un planteamiento general que atribuye a las policías autonómicas y locales la función de policía judicial cuando sean requeridas al efecto, sin más matices.

Sin embargo, esta formulación genérica de la LOPJ no puede ser interpretada como la vuelta a una posición de las policías locales en paridad con las restantes fuerzas y cuerpos de seguridad, puesto que siguen formalmente vigentes la LOFCS y el Real decreto 769/1987, que precisan cuál es ese papel genéricamente reconocido.

Pues bien, en desarrollo del planteamiento que se ha referido a partir de 1978 se crean las unidades específicas de policía nacional; esto es, unidades centrales y brigadas provinciales de policía judicial del CNP y equipos de investigaciones y atestados de la Guardia Civil y, aparte, diversas unidades adscritas a juzgados. Todas ellas unidades dependientes orgánicamente del Ministerio del Interior, aunque funcionalmente dependen de jueces y fiscales. En Cataluña, finalmente la posición central de los Mossos d’Esquadra como policía judicial ordinaria ha quedado sancionada en el artículo 164.5.c) del EAC.

En resumen, la posición de las policías locales es en estos momentos marginal dentro del sistema. No quiere ello decir que se haya limitado su actuación digamos autónoma frente a los supuestos de policía judicial que se presenten en la acción ordinaria de policía general, sino que la instrumentalización de los agentes locales por parte del sistema judicial ha quedado limitada a situaciones de urgencia, en que podrán ser requeridos para actuaciones transitorias, siempre que se encuentren en su ámbito legal y territorial de actuación (en este último sentido, también el artículo 287 de la LECr circunscribe las funciones de policía judicial al ámbito de las respectivas atribuciones).

Otra cosa es que puedan darse iniciativas voluntarias de los municipios más allá de los anteriores límites. Sorprende en este sentido algunas iniciativas como el convenio suscrito en 2006 entre la fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el decano de los jueces de Madrid y el ayuntamiento de la capital sobre la actuación de la policía municipal en la investigación de accidentes laborales, o la creación en 1997 de una unidad de policía local en el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife a las órdenes directas del juez decano y de la fiscalía para la instrucción de las diligencias relativas a menores.

En cuanto a las relaciones de la Policía Local con las autoridades judiciales, a partir del momento de apertura de diligencias penales formalmente las policías actúan en calidad de comisionados (artículos 34.2 de la LOFCS y 13 del Real decreto 769/1987), de forma que quedan bajo una jerarquía absoluta de jueces y fiscales, con eventual ruptura de la cadena de mando natural por cualquier punto, aunque puede defenderse un margen mínimo de autonomía organizativa interna, esto es, en cuanto a la forma de organizar y ejecutar los requerimientos. En este sentido, el respeto a la cadena de mando –en este caso, el Alcalde– queda reconocido en el artículo 288 de la LECrim.

Sea como fuere, las órdenes y requerimientos de policía judicial se insertan en unas concretas actuaciones penales. Fuera de las diligencias desaparece la autoridad judicial, de forma que es discutible la posibilidad de instrucciones generales emitidas por los juzgados y también por la fiscalía. En efecto, tales instrucciones, en tanto que generales, no quedan vinculadas a un procedimiento concreto, de forma que se presentarían como normas, como un ejercicio de la potestad reglamentaria, que sólo al Ejecutivo corresponde.

En este sentido cabe recordar la instrucción que en su momento emitió la Junta de Jueces de Girona sobre la necesidad de presentar a los detenidos ante la policía judicial y no directamente en el juzgado de guardia.

Respecto a las relaciones de la Policía Local con las unidades de policía judicial debe entenderse así mismo que, a excepción de requerimientos puntuales relacionados con una concreta investigación, aquéllas se reconducen a los principios de colaboración y coordinación (artículo 10 de la LRBRL), singularmente en el marco de los instrumentos específicamente previstos al efecto como las juntas de seguridad y las mesas de coordinación policial –artículo 54 de la LOFCS y artículo 10 de la Ley 4/2003, del sistema de seguridad pública de Cataluña–, sin que sea admisible una potestad de dirección o la emisión de instrucciones generales respecto a la actuación de las policías locales en tanto que policía judicial.

En definitiva, la función de las policías locales como policía judicial abarca dos ámbitos. El primero se refiere a los supuestos en que el agente se tope con unos hechos que presenten visos de delito, situación en la que surge inmediatamente una función de aseguramiento de pruebas o responsables mientras no se activa la intervención judicial; intervención que, por otro lado, ha de ser inmediata. En segundo lugar, la respuesta a requerimientos del aparato judicial o de la misma policía judicial ordinaria, supuestos que han de ser relativamente excepcionales, según se ha visto.

Lo que no cabe es una actuación autónoma de las policías locales relacionada directamente con la investigación criminal. En este sentido cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1985, que declaró la ilegalidad de un registro de detenidos y sospechosos creado por una entidad local.

4. El régimen jurídico de actuación

Se ha abordado ya el régimen de relaciones entre municipios y policías locales y el aparato judicial en general. Ahora la cuestión son las relaciones entre ciudadanos y Administración en el marco de la actuación de la Policía Local.

4.1. Régimen jurídico en las actuaciones de las policías locales en tanto que policía judicial

Según se ha visto, cuando las policías locales actúan en funciones de policía judicial operan en tanto que comisionados de jueces o fiscales. En este contexto, su régimen de actuación y las potestades que ejerzan sobre los ciudadanos se enmarcan en las previsiones genéricas establecidas en la Ley orgánica de seguridad ciudadana en tanto que define los diversos métodos de intervención de las policías sin distinciones. Por supuesto, resultan aplicables también las previsiones de la legislación procesal criminal y las específicas sobre policía judicial. No en vano estamos ante

intervenciones que se enmarcan en la investigación criminal, de forma que no resulta aplicable al caso el ordenamiento jurídico administrativo y el sistema de garantías que es inherente al mismo.

4.1.1. En actuaciones preprocesales

También se ha visto que la función de policía judicial incluye dos momentos, uno referido a la situación que se genera cuando en el curso de una actividad policial ordinaria se constata la posibilidad de un delito, situación que coloca al agente en una posición de policía judicial, aunque no exista todavía un procedimiento penal abierto ni por tanto haya intervenido todavía algún juez o fiscal.

En esta situación tenemos unas actuaciones previas a la constatación de la existencia de posible delito y la situación posterior a tal circunstancia. Por ejemplo, el control de alcoholemia es una actuación ordinaria hasta que se constata una medición de índice de alcohol superior al límite del delito. Hasta ese momento la actuación se rige exclusivamente por la legislación administrativa y la ordinaria de los cuerpos y fuerzas de seguridad. A partir de la aparición de indicios de delito la policía actúa en función de policía judicial y ya no resulta de aplicación la legislación administrativa.

El régimen jurídico hasta la constatación de indicios de delito es el común de la actividad administrativa y el de la actuación policial ordinaria. Se aplica por consiguiente el sistema de garantías ordinarias del ciudadano ante la Administración (Ley 30/1992). Ello conlleva, por ejemplo, el derecho a conocer el estado de las actuaciones, derecho a conocer la identidad del instructor, a comparecer y formular alegaciones, a proponer pruebas, a una resolución expresa, etc.

Situación especial es la de la denuncia de un ciudadano por un ilícito penal, en que a partir de la denuncia se pueden generar o no actuaciones policiales de investigación. Tales actuaciones policiales son comprobaciones previas a la instrucción penal y se efectúan en calidad de policía judicial. Posteriormente, la denuncia y las eventuales actuaciones son comunicadas al juzgado –puesto que de actuaciones en calidad de policía judicial se trata–, pero en buena parte de los casos las diligencias quedan en archivo provisional. En tal situación el ciudadano afectado no disfruta de ninguna de las garantías propias del procedimiento administrativo aunque sólo sea la de conocer las actuaciones que se realizan, a ser oído y a recibir una resolución motivada. Pero tampoco llega a disfrutar de ninguna de las garantías propias de la instrucción penal, no llega a conocer qué diligencias de averiguación se han llevado a cabo y si su denuncia ha merecido alguna respuesta, ni siquiera llega a saber que el procedimiento concluye en vía muerta

sin más. El denunciante de un ilícito penal se encuentra en un auténtico limbo jurídico, sin las garantías administrativas ni tampoco las inherentes a un proceso penal que no llega a prosperar.

4.1.2. En el marco del proceso penal

Como se ha dicho, una vez abiertas diligencias penales desaparece no sólo el sistema de garantías propio del ordenamiento administrativo sino que incluso el mismo sistema de garantías constitucionales –derechos y libertades fundamentales– queda en una situación precaria, puesto que puede ser excepcionado puntualmente a partir de autorizaciones singulares del juez.

La policía asume una función judicial, de forma que el régimen jurídico es el judicial, con el añadido de las reglas de comportamiento generales de las policías (Ley de seguridad ciudadana).

4.2. Régimen jurídico en actuaciones de policía de seguridad

Se incluye en esta situación el grueso de actividad policial tradicional, la policía administrativa relacionada con las diversas competencias municipales, policía urbanística, medioambiental, de espectáculos, de consumo, convivencia y vía pública, etc. Algunos sectores disponen de inspecciones especializadas, pero la policía asume comúnmente una competencia residual.

El artículo 104 de la CE se refiere a esta función de policía general de seguridad como una actividad de protección de los ciudadanos frente a actos ilícitos o antijurídicos y al mantenimiento de una situación de equilibrio de derechos y libertades del conjunto social.

También la actividad de prevención de ilícitos penales encaja en esta perspectiva de policía general de seguridad en tanto que desvinculada del proceso penal. Desde el despliegue de efectivos en vías o instalaciones públicas, a la vigilancia predelictual, campañas informativas, etc., son a estos efectos policía administrativa.

En este campo resulta de plena aplicabilidad la legislación administrativa general y el sistema de garantías del ciudadano que es inherente a la misma.

Como ya se ha visto, esta actividad general de policía no ha quedado configurada todavía como un servicio público, esto es, como una actividad pública de garantía de un derecho o unos derechos que resulta jurídicamente exigible por sus titulares en una intensidad o respecto a unas prestaciones determinadas.

Sea como fuere, las acciones policiales se traducen en actos represivos o en decisiones limitativas de derechos de los ciudadanos afectados. Un tipo

de decisiones que en general quedan rígidamente procedimentalizadas en Derecho Administrativo. La cuestión es cómo se reconduce esta actividad policial tan variada, que a menudo se expresa mediante actos gravosos a los ciudadanos y hasta con medidas de coacción física, al régimen general de la actividad administrativa y específicamente al sistema ordinario de garantías –esencialmente los previstos en la Ley 30/1992–, que es un sistema de garantías que se establece con carácter general y sin excepciones.

En este sentido, las actuaciones policiales pueden tener encaje bien como actuaciones previas al procedimiento, bien como actos de ejecución de actos administrativos ya adoptados. Fuera de este último caso, la coacción directa sólo puede admitirse en los supuestos clásicos de autodefensa posesoria de la Administración, de estado de necesidad, en las situaciones previstas en el ordenamiento de protección civil o respecto a situaciones de alarma, excepción o sitio, o mediante autorización legal específica (por ejemplo, disolución de una manifestación por alteración del orden público con peligro para personas y bienes, prevista en la Ley orgánica 9/1983, del derecho de reunión).

Ahora bien, no es menos cierto que las actuaciones coactivas ordinarias que la policía ejerce no son ordinariamente la ejecución de un acto previo ni van seguidas de un procedimiento, de forma que no son susceptibles de encaje en la Ley 30/1992. En efecto, tal ley define el grueso de las garantías del particular frente a la Administración y lo hace con ocasión de un procedimiento o una resolución administrativa formal, de forma que si éstos no existen aquéllas tampoco. La consecuencia es que el afectado queda despojado de las garantías ordinarias respecto a la actividad de intervención, de forma que pierde su condición de ciudadano frente a la Administración y queda colocado en una posición más cercana a la de simple súbdito.

Sea como fuere, si bien el grueso de la Ley 30/1992 queda fuera de juego frente a la actividad material de la policía, no ocurre lo mismo con algunas instituciones como la responsabilidad patrimonial, responsabilidad que es plenamente operativa frente a la actividad de policía de seguridad y en todas las restantes funciones de la policía excepto la de policía judicial, que se rige por la normativa procesal penal. Ello a pesar de que la jurisprudencia es propensa a extender acriticamente el régimen de responsabilidad administrativa a las actuaciones de la policía judicial como tal –por ejemplo, con motivo del uso de armas de fuego–. Cabe llamar la atención sobre la repercusión que podría tener la generalización de la responsabilidad patrimonial respecto a la actividad preventiva de las policías, especialmente por defectos en la vigilancia.

Sucede, pues, que la policía ejerce materialmente una facultad o potestad de dirección que no está sistematizada legalmente y que coloca al ciudadano en una posición de subordinación con pérdida de sus garantías ordinarias, posición que comporta la afectación de derechos esenciales como la libertad, la integridad física o las garantías frente a la compulsión o la coerción física. Sólo en algunos ámbitos se prevé específicamente tal facultad o potestad genérica de dirección, como por ejemplo en materia de tráfico. En este sentido, el artículo 7 de la Ley de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobada por el Real decreto legislativo 339/1990, se refiere a la ordenación, control y vigilancia del tráfico en vías urbanas.

La actividad policial de prevención –despliegue de efectivos y vigilancia– ha quedado regulada de forma notable en lo que se refiere a la planificación por la Ley 4/2003, del sistema de seguridad de Cataluña; ley que establece un sistema de planes de seguridad y también la necesidad de definir estándares. Ahora bien, las técnicas y potestades específicas de intervención en la esfera de los ciudadanos están muy escasamente reguladas en lo que se refiere a las garantías de los ciudadanos. Veamos algunos aspectos de las diversas técnicas de actuación policial en esta función preventiva, y su aplicabilidad respecto a la prevención de ilícitos administrativos, esto es, al margen de la investigación criminal o la actuación como policías locales en sentido estricto.

a) Identificación y retención.

El artículo 20 de la Ley orgánica 1/1992 prevé la potestad policial de identificar a las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública “siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad”. El mismo precepto prevé que “de no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible”.

Esta posibilidad de acompañamiento coactivo ha generado polémica sobre la admisibilidad de una detención no relacionada con la imputación de un delito, sino simplemente para identificación. El régimen de detención preventiva queda rígidamente delimitado en el artículo 17 de la CE, y por otro lado el artículo 495 de la LECrim prohíbe detener por simples faltas penales excepto que el afectado no tenga

domicilio conocido. Por ello, parte de la doctrina ha entendido que el requerimiento puede ser desatendido y que no es equivalente a una detención. El Tribunal Constitucional, sin embargo, admitió en la sentencia 341/1993 la legitimidad de esta forma de detención aunque no respecto de cualquier persona, sino siempre que se efectúe sobre “personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal” (no de otro modo cabe entender la expresión legal ‘para impedir la comisión de un delito o falta’) o a aquellas, igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una ‘infracción’ administrativa, estableciendo así la Ley un instrumento utilizable en los casos en que la necesidad de identificación surja de la exigencia de prevenir un delito o falta o de reconocer, para sancionarlo, a un infractor de la legalidad”.

Posición que parece flexibilizarse en la STC 86/1996, que admite que el artículo 20 de la LSC faculta para conducir a la persona no identificada a la comisaría más próxima a efectos de identificación simplemente para descartar una residencia ilícita del afectado en España.

En cualquier caso, la admisibilidad de esta forma de detención por razones administrativas y no penales queda condicionada a “que la diligencia de identificación se realice de manera inmediata y sin dilación alguna”, que “el requerido a acompañar a la fuerza pública debe ser informado, de modo inmediato y comprensible, de las razones de tal requerimiento”, en el bien entendido que “la norma no permite en modo alguno interrogar o investigar a la persona sobre más extremos que los atinentes, rigurosamente, a su identificación” (STC 341/93).

b) Cacheo.

La Ley de enjuiciamiento criminal no incluye una regulación específica de esta técnica policial. El artículo 770.3 sólo se refiere a la recogida de efectos, instrumentos y pruebas del delito, sin más. Por su parte el artículo 19.2 de la LSC limita la utilización de esta técnica a las situaciones en que la misma sea necesaria “para el descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social y para la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo”, un planteamiento sumamente restrictivo en su literalidad.

Sin embargo, la jurisprudencia ha reconducido el régimen del cacheo al de la detención, de forma que para que sea admisible es necesario que el agente albergue sospechas racionales, suficientes y no arbitrarias de participación del afectado en un delito o un ilícito (artículo 492.4 de la LECrim y sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 763/2006, de 10 de julio de 2006).

En cualquier caso, esta forma de intervención sobre el individuo se circunscribe a una comprobación del perímetro corporal que no puede afectar a la integridad física del afectado o a su intimidad personal, ni puede incluir tratos degradantes.

c) Controles en las vías y redadas.

El artículo 19 de la LSC permite “limitar o restringir por el tiempo imprescindible la circulación o permanencia en vías o lugares públicos en supuestos de alteración del orden, la seguridad ciudadana o la pacífica convivencia, cuando fuere necesario para su restablecimiento”.

Ahora bien, los controles en las vías y establecimientos públicos quedan limitados al “descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social y para la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo”, de forma que quedan igualmente vinculados a la investigación penal.

Por consiguiente, las redadas o intervenciones en locales para controlar por ejemplo el consumo de estupefacientes y los subsiguientes cacheos deben fundamentarse en una sospecha previa, racional y suficiente de la existencia de delitos, no de simples faltas administrativas. De otra forma las pruebas obtenidas pueden ser invalidadas.

Tan sólo quedan abiertamente permitidos fuera del ámbito penal los cacheos o comprobaciones necesarias para impedir que se porten o utilicen ilegalmente armas en vías y lugares públicos, incluso en algunos supuestos no penalizados (artículo 18 de la LSC).

Respecto a las pruebas de alcoholemia, la obligación de los conductores de vehículos y bicicletas de someterse a las pruebas de detección alcohólica, estupefacientes, psicotrópicos o otras sustancias queda específicamente establecida en el artículo 12 de la Ley de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. Una posibilidad plenamente aceptada por el Tribunal Constitucional, que considera que no puede calificarse un requerimiento en este sentido como una detención contraria al derecho de libre circulación (STC 22/88).

d) Entrada y registro de domicilios.

El artículo 21.1 de la LSC remite la entrada en domicilios a los supuestos expresamente permitidos en la Constitución y en las leyes

La entrada sin consentimiento por razones administrativas y no penales –delito flagrante– queda limitada a los supuestos de daños inminentes, catástrofe o calamidad. En los restantes casos resulta siempre necesaria la autorización judicial.

La cuestión es en qué medida es posible la entrada en domicilio para la constatación de un ilícito administrativo por parte de la policía. Por supuesto, tal entrada requeriría previa autorización judicial, pero el caso

es que la Ley jurisdiccional refiere la autorización judicial a los supuestos en que la entrada sea necesaria para la ejecución forzosa de actos administrativos, actos que no existen cuando se trata de una investigación previa a la apertura del expediente sancionador. Sin embargo, los juzgados y tribunales vienen admitiendo con naturalidad la entrada en domicilio a efectos de investigación preliminar al procedimiento, sobre todo con ocasión de inspecciones tributarias.

e) Disolución de reuniones y manifestaciones.

El artículo 16.2 de la LSC admite la competencia de las autoridades en materia de seguridad para disolver las reuniones y manifestaciones en lugares públicos, remitiéndose en este sentido a la Ley orgánica 9/1983, reguladora del derecho de reunión. El artículo 5 de dicha norma admite la posibilidad de disolución sólo en los siguientes supuestos: a) Cuando las reuniones se consideren ilícitas de conformidad con las leyes penales; b) Cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, y c) Cuando se hiciere uso de uniformes paramilitares por los asistentes.

La jurisprudencia es restrictiva en cuanto a la posibilidad de disolución por mera ocupación de la calzada destinada a los vehículos (STC 31/2007).

Otra cosa es que en el planteamiento de la Ley de seguridad ciudadana la decisión de intervenir o disolver la reunión ha de ser tomada por las autoridades competentes en materia de seguridad, no por las fuerzas policiales, que en este punto son meros instrumentos ejecutivos, y el caso es que ni el ayuntamiento ni el Alcalde no quedan reconocidos como autoridades en la materia.

f) Recapitulación.

Como se ha visto, algunas de las técnicas de intervención quedan reservadas exclusivamente al ámbito penal, esto es, a la actuación de las policías en calidad de policía judicial. En este sentido puede ser discutible la adopción de iniciativas autónomas por parte de las policías locales, atendida su débil posición en cuanto policía judicial. Pero es que, en todo caso, cuando la utilización de alguna de las técnicas citadas se fundamente en la sospecha de ilícitos penales –esto es, cuando se interviene en el ámbito de la investigación criminal–, habrá que dar cuenta a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal de las diligencias efectuadas independientemente de su resultado, comunicación que debe efectuarse en un plazo máximo de veinticuatro horas excepto fuerza mayor, con responsabilidad de los funcionarios actuantes en caso contrario (artículo 295 de la LECrim).

Otras de las técnicas o potestades de intervención que la Ley orgánica de seguridad ciudadana establece, como la potestad de dictar órdenes o prohibiciones por razón de seguridad, desalojo de locales y

establecimientos, la restricción de la circulación o permanencia en vías públicas, controles de alcoholemias, identificación de personas, retención de ciudadanos a tal efecto, y la entrada en domicilio quedan desvinculadas de la investigación criminal y pueden usarse bien con ocasión de ilícitos administrativos bien frente a situaciones de emergencia o alteración del orden público. ■

Sobre la forma de gobierno de Barcelona: régimen jurídico de las resoluciones administrativas del Consejo Municipal

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

1. Planteamiento.
 - 1.1. Forma de gobierno de Barcelona en el contexto político actual. 1.2. Fuentes normativas de la forma de gobierno de Barcelona.
2. Forma de gobierno "común" de la LBRL.
 - 2.1. Sobre la "parlamentarización" del gobierno municipal "común". 2.2. Relaciones de competencia entre el Alcalde y el Pleno. 2.3. Preeminencia funcional del Alcalde en el ejercicio de competencias decisorias por el Pleno. 2.4. Inexistencia de *vis atractiva* de la potestad de ordenanza con respecto a las competencias del Alcalde.
3. Forma de gobierno de Barcelona.
4. Ejercicio de las competencias del Consejo Municipal de Barcelona.
 - 4.1. Distinción entre funciones decisorias y de control. 4.2. Competencias "ejecutivas" del Consejo Municipal.
 - 4.2.1. Iniciativa ante el Consejo Municipal.
 - 4.2.1.1. Iniciativa del Alcalde. 4.2.1.2. Iniciativa de los grupos municipales y de concejales.
 - 4.2.2. Aprobación final del Consejo Municipal.
5. Conclusiones finales.

1. Planteamiento¹

1.1. Forma de gobierno de Barcelona en el contexto político actual

1. Desde la Ley 22/1998, de la Carta Municipal de Barcelona (CMB), el ejercicio de las competencias municipales está distribuido (en el nivel central) entre tres órganos básicos: el Consejo Municipal, el Alcalde y la Comisión de Gobierno. Esta Ley inauguró, para el Derecho local español, lo que luego se ha denominado –con cierta imprecisión– “parlamentarización del gobierno local”. En lo que ahora importa, el Consejo Municipal de Barcelona aún ostenta, como es tradicional para el Pleno municipal en España, una parte relevante de las *competencias “administrativas”* (contratación, enajenación de bienes, aprobación de planeamiento derivado, operaciones de crédito, etc.), normalmente a partir de una determinada cuantía. Pero, junto a eso, el Consejo Municipal ha reforzado sus *funciones de impulso y control político* (en relación con el Alcalde y la Comisión de Gobierno) y ha introducido formas organizativas de corte parlamentario (Junta de Portavoces, comisiones) con las que –al menos formalmente– se refuerza la posición de los grupos municipales de la oposición en relación con el Alcalde y la Comisión de Gobierno.

2. La forma de gobierno municipal establecida en la Ley 22/1998 –luego completada por el Reglamento orgánico municipal del Ayuntamiento de Barcelona de 16 de febrero de 2001 (ROMB)– ha operado, hasta fechas recientes, en un *contexto político de pactos de gobierno*: el Alcalde y la Comisión de Gobierno gozaban de apoyo mayoritario en el Consejo Municipal. Este contexto de acuerdo político ha relativizado el alcance práctico real de algunos de los instrumentos “parlamentarios” contenidos en la CMB y en el ROMB. La singular configuración normativa de las comisiones del Consejo Municipal, o de la Junta de Portavoces, no ha sido objeto de controversia relevante. Precisamente porque han ejercido su competencia en un contexto de apoyo mayoritario de los concejales del Consejo Municipal. En lo que hace al ejercicio de competencias “administrativas”, el Consejo Municipal ha continuado con su tradicional función de “aprobación” de las propuestas del Alcalde o de la Comisión de Gobierno. Tales propuestas son consecuencia, normalmente, de previos procedimien-

tos administrativos tramitados por los distintos órganos o servicios de la Administración ejecutiva municipal bajo la dirección del Alcalde o de los concejales que forman parte de la Comisión de Gobierno. Es el resultado de esos procedimientos lo que pasa como propuesta de resolución al Consejo Municipal, cuya función normalmente consiste en aprobar o rechazar la propuesta.

3. La situación política descrita, en la que hasta ahora se han aplicado la CMB y el ROMB, ha cambiado sustancialmente en la actualidad. El Alcalde y la Comisión de Gobierno ya no cuentan, después de las elecciones municipales de 27 de mayo de 2007, con el apoyo mayoritario de los grupos municipales y de los concejales del Consejo Municipal. Es, en términos parlamentarios, un *gobierno municipal “en minoría”*. En este nuevo contexto político se plantean cuestiones estructurales sobre la articulación del poder municipal entre el Consejo Municipal, por un lado, y el Alcalde y la Comisión de Gobierno, por otro lado. No son cuestiones propiamente novedosas sino, simplemente, apartadas del primer plano del análisis jurídico por los sucesivos contextos políticos –que han predominado hasta el momento– de gobierno con apoyo plenario. Es ahora, diez años después de la aprobación de la Carta Municipal de Barcelona, cuando se hace necesario analizar cuál es el verdadero sentido y alcance de la llamada “parlamentarización del gobierno local”. Y proyectar ese análisis sobre el ejercicio de competencias “administrativas” o “ejecutivas” por el Consejo Municipal.

1.2. Fuentes normativas de la forma de gobierno de Barcelona

4. El gobierno de Barcelona está regulado de forma especial en la CMB y en el ROMB. Pero ambos textos han de ser *interpretados de conformidad con la forma de gobierno municipal establecida en la Ley estatal 7/1985*, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL). Tratándose de una ley básica estatal, la LBRL es canon de validez tanto de la CMB como del ROMB. Por eso, en las distintas opciones hermenéuticas que ofrecen las normas de la CMB o del ROMB ha de optarse siempre por aquella que, por resultar conforme con la LBRL, evite todo juicio negativo de validez sobre la normativa específica para Barcelona.

1. Abreviaturas utilizadas: CMB: Carta Municipal de Barcelona; EAC: Estatuto de autonomía de Cataluña; LBRL: Ley reguladora de las bases del régimen local; LMMGL: Ley de medidas de modernización del gobierno local; LRJ-PAC: Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común; LOREG: Ley orgánica del régimen electoral general; LOTC: Ley orgánica del Tribunal Constitucional; ROF: Reglamento de

organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales; ROMB: Reglamento orgánico municipal de Barcelona; TRLCAP: Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas; TRLHL: Texto refundido de la Ley de haciendas locales; TRLMRL: Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña; TRLU: Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña.

5. Como enseguida se analizará, la LBRL no regula una única “forma de gobierno” municipal. Regula, por un lado, el llamado *régimen común*. Junto a ello regula, en el título X, la forma de gobierno de los “municipios de gran población”. Y finalmente, regula la forma de gobierno especial de Barcelona, que es suma del régimen común y de la autorización limitada de diferenciación que contiene la disposición adicional 6.3 de la LBRL (introducida por la Ley estatal 11/1999, de 21 de abril). Esta regulación estatal de la forma de gobierno especial de Barcelona se complementa actualmente con el artículo 1.3 de la Ley estatal 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el régimen especial del municipio de Barcelona, y en la que se dispone la aplicación también en Barcelona de dos preceptos concretos del título X de la LBRL: el relativo a la delegación de la Presidencia del Pleno (Consejo Municipal) –artículo 122.2– y el que regula el nombramiento de los miembros de la Junta de Gobierno Local (en Barcelona, Comisión de Gobierno) –artículo 126.2–. A esta regulación especial de la forma de gobierno de Barcelona, contenida en la LBRL, ha de adaptarse la interpretación de la CMB y del ROMB.

6. La necesaria interpretación de la CMB y del ROMB conforme a la LBRL *no ha sido alterada con la vigencia del nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña* (EAC), aprobado por la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio. Pese a que el Estatuto catalán goza de fuerza normativa suficiente para desplazar la aplicación de la LBRL en Cataluña, lo cierto es que el actual texto del Estatuto no entra en contradicción con la LBRL. Por un lado, el artículo 86.2 del EAC apenas si se refiere a la forma de gobierno municipal diciendo que corresponde al Ayuntamiento, integrado por el Alcalde o Alcaldesa y los concejales. Y, por otro lado, el artículo 160.2 del EAC concibe la regulación de la forma de gobierno municipal como una competencia compartida con el Estado; de manera que el propio Estatuto posibilita directamente la aplicación de la LBRL en Cataluña.

2. Forma de gobierno “común” de la LBRL

7. En Barcelona rige –en principio– la forma de gobierno “común” del capítulo II, título II, de la LBRL (artículos 19 y ss.). Por determinación de la disposición transitoria 4 de la Ley 57/2003, no se aplica en Barcelona la regulación de los “municipios de gran población” contenida en el nuevo título X de la LBRL. Sólo con posterioridad, la Ley estatal 1/2006, de régimen especial del municipio de Barcelona, extiende a Barcelona la aplicación de dos preceptos de aquel título X: los artículos 122.2 y 126.2 de la LBRL. Luego se verá que la forma de gobierno “común” de la LBRL, aplicable en Barcelona, admite singularizaciones

muy relevantes (del Parlamento catalán) por autorización expresa de la disposición adicional 6.3 de la LBRL. Pero por muy importantes que puedan ser esas singularidades aprobadas por el Parlamento catalán para la ciudad de Barcelona, lo cierto es que *la disposición adicional 6.3 de la LBRL no permite una forma de gobierno alternativa para Barcelona*. Más bien permite modulaciones en la forma de gobierno común. Este punto de partida es muy relevante para determinar cuál es el alcance real de las “formas parlamentarias” que regulan la CMB y el ROMB.

8. Tradicionalmente, el régimen local español distribuye el ejercicio de las competencias municipales entre el Alcalde y el Pleno. Para esa distribución se atiende, fundamentalmente, a dos criterios: primero, que el impulso político y administrativo del municipio, así como la mayoría de las resoluciones administrativas, corresponden al Alcalde. Y segundo, que el Pleno municipal es competente para el control político al Alcalde y para la adopción de decisiones de cierta relevancia o trascendencia –política o administrativa– para la vida municipal. Éste es el esquema básico de distribución de funciones en la Ley estatal 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. Aunque dicho diseño inicial ha recibido algunas adaptaciones o modulaciones en los últimos años.

2.1. Sobre la “parlamentarización” del gobierno municipal “común”

9. Las sucesivas reformas que se han acometido en el régimen local español, recientemente, han venido marcadas por la idea de “parlamentarización” del gobierno local. Esa tendencia puede apreciarse en las reformas de, entre otras, la LBRL, la Ley orgánica 5/1985, de régimen electoral general (LOREG), y la Ley orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional (LOTC), llevadas a cabo en 1999 como consecuencia del Pacto Local; y en la posterior reforma de la Ley reguladora de las bases del régimen local (LBRL) mediante la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local (LMMGL), con el fin de introducir un nuevo régimen para los municipios de gran población. La misma tendencia de “parlamentarización” se observa en el *Libro blanco para la reforma del gobierno local*, elaborado por el Gobierno en 2005 con el fin de orientar la posterior reforma de la LBRL; y en el –aparentemente– abandonado Borrador de anteproyecto de ley básica de gobierno y administración local de 2006. Esta batería de reformas ha profundizado las diferencias en la configuración normativa del Pleno y del Alcalde. Desde el punto de vista competencial, *el Pleno ha ido perdiendo peso en la toma de decisiones típicamente administrativas*. Como contrapartida, se ha fomentado su papel en el ejercicio

de la potestad normativa, y en el control y la fiscalización del ejecutivo municipal gracias al perfeccionamiento de la moción de censura y a la introducción de la cuestión de confianza (artículos 197 y 197.bis de la LOREG). Por su parte, *el Alcalde ha visto reforzado su liderazgo en la dirección de la política local*, asumiendo la toma de un mayor número de decisiones (artículo 21.1 de la LBRL). Desde la perspectiva organizativa, *el Pleno se ha ido asemejando cada vez más a una cámara parlamentaria*. Así, las comisiones informativas se hacen preceptivas y amplían sus tareas de control del Alcalde [artículo 20.1.c)]. En suma, en el régimen municipal común se ha producido una cierta “parlamentarización” de la forma de gobierno local. Aunque el recorrido de esta tendencia es mucho más corto que en el caso de los “municipios de gran población” (título X de la LBRL).

10. Es innegable que en el régimen municipal “común” existe una cierta similitud entre la naturaleza y el papel que desempeña el Pleno y el que se adjudica a los parlamentos estatal y autonómicos. Todos son órganos asamblearios directamente representativos del electorado. Y parece que, cada vez más, el sistema de gobierno municipal, de relaciones entre el Pleno y el Ejecutivo municipal, tiene una estructura similar al sistema parlamentario. El Pleno, directamente elegido por los ciudadanos, ejerce las potestades normativa, presupuestaria, de planificación y de control y elige entre sus miembros al Alcalde, que tiene encomendadas las funciones ejecutivas y representativas. La gobernabilidad en este modelo se apoya, de esta manera, en una sólida mayoría del Alcalde. Sin embargo, lo cierto es que pese a la aparente convergencia del sistema parlamentario y del sistema de gobierno municipal, hay que tener en cuenta las *diferencias estructurales* que subyacen entre ellos.

a) *En el modelo parlamentario* consagrado por la Constitución, el reparto de poder entre el Legislativo y el Ejecutivo pivota en torno al *principio de legalidad*, en sus vertientes de reserva de ley y de primacía de la ley (artículo 53.1 de la CE en relación con los artículos 9.3 y 97 de la CE). Existe una única lista de materias reservadas a la ley, en las que necesariamente –aunque con diferente intensidad, según los casos– debe intervenir el legislador. La Constitución no prevé una lista complementaria que fije cuáles son los ámbitos donde debe actuar necesariamente el Ejecutivo. A lo que hay que sumar la *primacía de la ley sobre el resto de poderes del Estado*. El Ejecutivo se somete a las leyes. De este modo, el legislador está habilitado para tomar cualquier decisión con la forma de una ley. Puede atraer hacia sí la adopción de decisiones propias del Ejecutivo, a las que deberán subordinarse los demás poderes. Esta cuestión se desarrollará más adelante.

b) *En el régimen municipal “común”*, sin embargo, no es posible trasladar la dinámica de ese esquema de distribución de poderes para explicar las relaciones entre el Pleno del Ayuntamiento y el Alcalde (o el Ejecutivo municipal). Para sustentar esta afirmación la doctrina se apoya en un amplio número de argumentos. Pese a la progresiva parlamentarización del régimen local, *el Pleno continúa ostentando numerosas potestades típicamente administrativas*. Por otro lado, hay que tener en cuenta que *el Pleno está sometido al control de legalidad típico de un órgano administrativo*. Además, en determinados supuestos previstos por la ley, las administraciones estatal y autonómica pueden controlar o condicionar la actividad del Pleno. Detrás de todos estos argumentos, subyace la singular configuración legal del Pleno municipal, en comparación con otros órganos asamblearios o representativos. El reparto de poder entre el Pleno y el Alcalde se distancia notablemente del sistema de reserva de ley consagrado en la Constitución. El principio de legalidad no rige como criterio de distribución del poder entre los órganos municipales. La Ley de bases del régimen local establece un *sistema de triple lista con el fin de blindar las competencias pertenecientes a cada órgano municipal* frente a los demás –sin perjuicio de las posibilidades de delegación interorgánica–. Hay materias reservadas al Pleno, pero también al Alcalde. Así pues, el Pleno no ocupa una posición de primacía –absoluta o potencial– respecto del Alcalde. De este modo, el sistema de gobierno municipal configura un Ejecutivo más fuerte que en el ámbito estatal o autonómico, en la medida en que tiene un ámbito de actuación vetado a la intervención del Pleno. En suma, *entre el Pleno y el Alcalde hay una relación más de competencia que de jerarquía*. Así la LBRL evita las posibles disfunciones que pueden derivarse de la posición minoritaria del Alcalde, cuando el Pleno aprovecha el ejercicio de una competencia administrativa para poner en evidencia la debilidad política del Alcalde.

11. Hasta aquí se ha expuesto por qué la llamada “parlamentarización” del gobierno local ha de ser tomada con muchas cautelas. Pues la forma de gobierno parlamentario del Estado y de las comunidades autónomas no se corresponde con la regulación positiva del régimen municipal “común” en la LBRL. Con esta perspectiva, a continuación nos vamos a detener, con especial atención a la jurisprudencia, en tres aspectos concretos que singularizan la forma de gobierno municipal (común): las relaciones de competencia entre el Pleno y el Alcalde; la preeminencia funcional del Alcalde, y el campo acotado para el poder normativo del Pleno. A partir de estos criterios se formularán más adelante algunas conclusiones prácticas útiles para guiar la interpreta-

ción de las funciones del Consejo Municipal en la CMB y el ROMB.

2.2. Relaciones de competencia entre el Alcalde y el Pleno

12. Como se ha señalado, el principio de jerarquía no explica las relaciones entre el Pleno y el Alcalde porque el principio de legalidad no sirve como criterio de distribución de poder entre los órganos municipales. Una vez que el Pleno otorga su confianza al Alcalde, y mientras no la retire, el Alcalde debe realizar sus tareas y funciones sin injerencias del Pleno. A su vez, el Alcalde no puede sustraer u obstaculizar el ejercicio de competencias por parte del Pleno. *El Alcalde posee competencias propias, que no pueden considerarse sometidas ni derivadas de las facultades del Pleno.* El sistema de gobierno local se configura así como un sistema de competencias tasadas que sólo permite a los órganos municipales actuar en aquellos casos en los que existen competencias expresas para ello. Estas afirmaciones encuentran su aplicación práctica en la jurisprudencia. En reiteradas sentencias se declara la nulidad de actuaciones tanto del Pleno como del Alcalde por actuar en ejercicio de competencias que no se les atribuyen legalmente. Como enseguida se verá, la mayoría de las sentencias se refieren a actuaciones ilegales (por falta de competencia) del Alcalde. Pero también hay ejemplos de tutela judicial de las competencias del Alcalde, frente al Pleno. Lo que importa destacar ahora, más allá de la cuantificación de cada tipo de supuestos, es que el sistema parte de una distinción clara entre competencias del Pleno y del Alcalde.

13. Los órganos judiciales atienden escrupulosamente a las atribuciones normativamente previstas para cada órgano y no extienden por vía interpretativa su ámbito de actuación. Así está dicho con claridad, en primer lugar, *en relación con las competencias del Pleno, frente a invasiones ilícitas del Alcalde.* En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 12 de enero de 2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) referida a la imposibilidad del Alcalde de ejercer acciones judiciales más allá de los supuestos de urgencia previstos por la normativa aplicable [artículos 21.1.k) de la LBRL y 41.22 del ROF]; y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 8 de julio de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, FJ 5) relativa a la imposibilidad de que un concejal firme (por delegación del Alcalde) un convenio de colaboración atribuido, por su cuantía, al Pleno. También, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sentencia de 27 de septiembre de 1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección

Única, FJ 3), declara la incompetencia del Alcalde para otorgar concesiones sobre bienes demaniales, al estar atribuido al Pleno. El mismo órgano judicial en sentencia de 18 de septiembre de 1998 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, FJ 2) considera incompetente al Alcalde para acordar la demolición de obras, que está atribuida al Ayuntamiento, entendido como Ayuntamiento Pleno, cuya interpretación, no obstante, no se comparte por otros órganos judiciales: STSJ de Galicia de 21 de mayo de 1998 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, FJ 1) y STSJ de Galicia de 14 de mayo de 1998 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, FJ 2-5). De igual modo, sin ánimo de exhaustividad, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de 24 de abril de 1997 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, FJ 3), considera que el Alcalde no tiene competencia para ordenar la recuperación de oficio de un camino, puesto que constituye una atribución del Pleno. La jurisprudencia anterior, proveniente de tribunales superiores de justicia, tiene su correlato en el Tribunal Supremo. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, FJ 3), declara la incompetencia del Alcalde para el ejercicio de acciones administrativas, incluyendo la recuperación de bienes.

14. Aunque los ejemplos anteriores se refieren a competencias del Pleno, en la jurisprudencia también se aplica un *criterio de distribución competencial estricta para amparar las competencias del Alcalde.* Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 6 de abril de 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, FJ 3), declara la incompetencia del Pleno para adscribir personal laboral a la plantilla de una Junta de Distrito, puesto que el Alcalde desempeña la jefatura superior de todo el personal del Ayuntamiento y, en concreto, le corresponde la competencia de contratar y despedir al personal laboral de la corporación. Por otro lado, la jurisprudencia es favorable a declarar la competencia del Alcalde (frente al Pleno) cuando se trata de funciones típicamente ejecutivas. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, FJ 4) entiende que el Alcalde es competente para ordenar el vallado de un solar en la medida en que es competente para la concesión de licencias, hacer cumplir las ordenanzas y reglamentos municipales, dirigir los servicios y las obras municipales, ejercitar y hacer cumplir los acuerdos del Ayuntamiento y la gestión urbanística. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1997 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, FJ 4), declara la competencia del

Alcalde para nombrar secretario habilitado, a pesar de que la norma aplicable sólo se refiere a la entidad local, en general –artículo 42 del Reglamento de régimen jurídico de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, aprobado por el Real decreto 1174/1987, de 18 de septiembre–. Para derivar esa competencia del Alcalde, el Tribunal Supremo apoya su interpretación en la jefatura superior de todo el personal que ostenta el Alcalde, en su competencia residual, y porque de no existir secretario ni siquiera se puede celebrar un Pleno para nombrar a un habilitado. De entender atribuida esa competencia al Pleno, el resultado es que no se podría nombrar secretario. De modo que la propia lógica funcional del Pleno en este caso excluye la posibilidad de considerarle competente.

15. En el conjunto de la jurisprudencia reseñada, que traza una clara línea divisoria entre las competencias del Pleno y del Alcalde, merece destacarse para los fines de este estudio la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), que anula los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Humanes de 13 de diciembre de 2002. A través de estos acuerdos se habían creado tres comisiones informativas especiales, previendo que su presidencia recaería sobre el miembro que eligieran sus miembros en la primera sesión. Entiende el Tribunal Supremo que dicha previsión es contraria a la legalidad, en la medida en que tanto la LBRL [artículo 21.1.c)] como el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF) (artículo 125) prevén que el Alcalde presidirá cualesquiera órganos municipales y, en concreto, las comisiones informativas, aunque pueda delegar esa presidencia. Se impide, por tanto, que el Pleno desplace al Alcalde en esta función, a pesar de que las comisiones informativas tienen una estrecha conexión con el funcionamiento del Ayuntamiento Pleno. Además, como importante refuerzo argumental, el Tribunal Supremo reconoce que la capacidad del Alcalde para presidir las comisiones informativas forma parte del núcleo de condiciones relativas al ejercicio del cargo que la Constitución protege mediante el artículo 23.2, de modo que se da rango de derecho fundamental a la capacidad del Alcalde para desarrollar dichas funciones.

16. El principio de competencia, como criterio de ordenación funcional entre el Alcalde y el Pleno, se manifiesta también a través de la *identificación jurisprudencial de “competencias instrumentales” o secundarias* de cada uno de aquellos órganos de gobierno. La técnica de las “competencias instrumentales”, muy implantada en la jurisprudencia competencial del Tribunal Constitucional, consiste en

reconducir a algún título competencial expreso aquellas tareas no expresamente mencionadas en la ley, pero que son lógica consecuencia o extensión de una competencia expresa. De esta forma se asegura la completa distribución de materias competenciales entre el Pleno y el Alcalde y se impide que entre en juego la competencia residual del Alcalde [artículo 21.1.s) de la LBRL] allí donde la tarea en cuestión no es más que un accesorio o instrumento complementario de una competencia expresa del Pleno. Desde esta perspectiva, la técnica jurisprudencial de las “competencias instrumentales” busca reconducir cada tarea municipal a una de las competencias expresas de los artículos 21.1 ó 22.2 de la LBRL. Y en esa medida, se trata de una técnica al servicio del principio de separación funcional neta entre el Alcalde y el Pleno.

17. La aplicación de este criterio jurisprudencial de las “competencias instrumentales” puede comprobarse en numerosas sentencias. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de febrero de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, FJ 5) resuelve un supuesto en que el Alcalde mediante decreto declara la ejecutividad de un acuerdo de desafectación del Pleno sometido a condición. En ese caso señala el Tribunal que el órgano competente para resolver sobre el cumplimiento de la condición prevista en el acuerdo del Pleno es el mismo que la había fijado, sin que pueda entenderse en ningún caso que es competente el Alcalde, que ostenta atribuciones meramente ejecutivas. En un sentido similar resuelve la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 30 de junio de 2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, FJ 2), que se refiere a la capacidad del Alcalde para impugnar determinadas actuaciones siempre que tengan una conexión directa con las materias de su competencia. Asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de noviembre de 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, FJ 4) resuelve un supuesto de imposición de penalizaciones por demora en un contrato que por su cuantía estaba atribuido al Pleno. En ese caso, según el Tribunal, las penalizaciones por demora también deben imponerse por el Pleno, que es el órgano competente para todas las vicisitudes que puedan surgir en relación con dicho contrato. En la misma línea se sitúa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de diciembre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, FJ 3), que se refiere a la imposibilidad de que el Alcalde, mediante decreto, declare la caducidad de un contrato de concesión de servicio público de aparcamiento, cuya aprobación estaba atribuida al Pleno. En esos casos entiende el Tribunal que el órgano de contratación es competente para todas las vicisitudes que puedan derivarse del contrato. Si

se determina la competencia del Pleno para la adjudicación también lo es para las actuaciones posteriores. Y, por último, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27 de noviembre de 2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, FJ 2), declara la competencia del Pleno para llevar a cabo modificaciones presupuestarias, impidiendo que el Alcalde actúe mediante decreto en la ordenación de pagos, cuando existe insuficiencia o inadecuación de crédito.

18. Como “competencia instrumental” del Alcalde se puede considerar, también, el poder de atribuir funciones a los diversos órganos municipales, sin perjuicio de lo que normativamente pueda establecer el reglamento orgánico. En este sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al considerar que, pese a la competencia del Pleno para establecer la regulación general de la Comisión de Gobierno de Distrito mediante ordenanza y reglamento orgánico, el Alcalde es competente para confiar las funciones de dicho órgano a la regidora de Distrito, que es elegida por el Alcalde (artículo 24 de la CMB) y que ostenta la dirección del Distrito y las funciones que el Alcalde le delegue [artículos 25.1.b) y p) de la CMB]. Para argumentar esta afirmación, el Tribunal se apoya en la capacidad del Alcalde para dirigir el gobierno y la administración municipales, organizar la administración ejecutiva y nombrar a los regidores de distrito, así como en su competencia residual cuando las competencias no se hayan atribuido a otro órgano municipal [STS] de Cataluña de 9 de enero de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), FJ 6]. La jurisprudencia interpreta, por tanto, que forma parte del poder de dirección del Alcalde la posibilidad de buscar fórmulas alternativas para el funcionamiento de la Administración municipal (como en este caso la Comisión de Gobierno de Distrito) cuando los demás grupos municipales han obstaculizado o impedido su puesta en funcionamiento. La competencia del Pleno para aprobar las normas reguladoras del funcionamiento de los órganos municipales no puede interpretarse expansivamente privando al Alcalde de su competencia para dirigir el gobierno y la Administración municipales –tal y como se desarrolla con más detalle a continuación–. Lo que se refuerza aún más cuando el funcionamiento de la Administración municipal se obstaculiza por la oposición al Alcalde, impidiendo la constitución de ciertos órganos de naturaleza administrativa.

19. Los criterios jurisprudenciales expuestos llevan en cualquier caso a una neta separación entre las funciones del Alcalde y del Pleno a partir de las atribuciones competenciales expresas en favor de uno u otro órgano. En ese mismo sentido hay que interpre-

tar los pronunciamientos judiciales que rechazan la posibilidad de que el Pleno convalide a posteriori una actuación del Alcalde llevada a cabo sin competencia para ello y que, por tanto, es nula de pleno derecho. Con esta fórmula se profundiza aún más en la nítida separación entre los ámbitos de actuación del Pleno y del Alcalde. No basta con que, en última instancia, concurra el consentimiento por parte del órgano verdaderamente competente. La competencia debe ejercerse efectivamente por el órgano previsto por las normas. De este modo se garantiza un determinado modo de formación de la voluntad en cada caso. Cuando el Pleno es competente no sólo se busca su aquiescencia en la toma de una determinada decisión, sino que dicha decisión se someta al procedimiento o a la dinámica de la formación de la voluntad del Pleno, ofreciendo a los grupos políticos la oportunidad de debatir sobre ella. Como ejemplos de esta jurisprudencia, bastan la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 8 de julio de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, FJ 5), que entiende que la aprobación de un convenio por el Pleno no dota de eficacia al convenio suscrito previamente sin competencia por parte de un concejal; y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de noviembre de 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, FJ 5), que considera que el Pleno no puede convalidar la resolución del Alcalde que imponía penalizaciones por demora en un contrato aprobado por el Pleno en razón de la cuantía. En ese caso entiende el órgano judicial que puede defenderse la conversión de la actuación del Alcalde en propuesta del Alcalde al Pleno.

2.3. Preeminencia funcional del Alcalde en el ejercicio de competencias decisorias por el Pleno

20. Ya se ha dicho que en el régimen “común” de la LBRL, el Alcalde disfruta de competencias reservadas frente al Pleno. Ahora hay que añadir que parte de esas *funciones propias y reservadas del Alcalde condicionan la actividad del Pleno*. En esa medida puede hablarse de una cierta preeminencia funcional del Alcalde en relación con el Pleno. Con carácter general, el artículo 21.1.a) de la LBRL establece que corresponde al Alcalde “dirigir el gobierno y la administración municipal”. Este enunciado tiene un significado competencial trascendente en las relaciones con el Pleno: es el Alcalde, y no el Pleno por propia iniciativa, quien dirige el Ayuntamiento; tanto su gobierno como su administración. A esta regla competencial de principio habrán de acomodarse todas aquellas regulaciones orgánicas que potencian la iniciativa o el impulso del Pleno en el funcionamiento municipi-

pal. Más allá de esta regla de principio, varias son las manifestaciones precisas de la preeminencia funcional del Alcalde en la propia LBRL:

a) En primer lugar, *el Alcalde es el Presidente del Pleno* [artículo 22.1.c) de la LBRL]. En su condición de Presidente, al Alcalde corresponde –conforme al artículo 21.1.c) de la LBRL– convocar y presidir el Pleno. Y como tarea aneja, la fijación del orden del día de cada sesión del Pleno. Salvo excepciones y límites legales expuestos, como los del artículo 46.2 de la LBRL, el Alcalde dispone de discrecionalidad política en la convocatoria y la fijación del orden del día.

b) En segundo lugar, el Alcalde dispone de *voto de calidad* (en segunda votación) en la adopción de acuerdos por el Pleno [artículos 21.1.c) y 46.2.d) de la LBRL].

c) En tercer lugar, al Alcalde le corresponde *impulsar los servicios municipales* [artículo 21.1.d) de la LBRL]. Esta tarea, manifestación directa del poder general de dirección de la Administración municipal [artículo 21.1.a) de la LBRL], *incluye la competencia de iniciación y de impulso en los procedimientos administrativos* que, en última instancia, han de concluir en acuerdos del Pleno. Así, los procedimientos de contratación, enajenación, aprobación de instrumentos urbanísticos, otorgamiento de subvenciones, alteración de la calificación jurídica de los bienes, etc., han de ser iniciados e impulsados por el Alcalde (o por el concejal en quien delegue) incluso cuando la resolución o aprobación final de los mismos corresponda al Pleno. Se puede afirmar, en suma, que el Pleno dispone de competencia para la aprobación de propuestas formuladas por el Alcalde, resultantes de la previa tramitación procedimental en los servicios administrativos del Ayuntamiento.

21. Conforme a lo dicho, *el Pleno carece de un poder de iniciativa propio, alternativo al del Alcalde*, al menos en la toma de decisiones típicamente administrativas (parcialmente distinta puede ser la conclusión en relación con las competencias normativa y programadora del Pleno). Dos son las razones fundamentales: en primer lugar, porque el Alcalde, y no el Pleno, tiene atribuida legalmente la dirección del gobierno y la administración municipales; y en segundo lugar, porque la toma de decisiones administrativas va acompañada generalmente de un procedimiento administrativo previo que –consecuentemente con la afirmación anterior– debe iniciar y controlar el Ejecutivo municipal. Así pues, el Pleno no tiene un poder de iniciativa autónomo en estos casos, y menos aún puede erigirse en órgano director de la Administración municipal. La forma de gobierno “común” que diseña la LBRL se caracteriza porque al Alcalde le corresponde no sólo decidir en sus propias materias competenciales sino, también, iniciar y tramitar procedimientos, y proponer

acuerdos, en las materias propias del Pleno. En este sentido, la distribución estricta de materias competenciales entre el Pleno y el Alcalde, claramente identificable en la jurisprudencia, tiene una formulación singular y propia para el régimen local “común”: en sus materias competenciales propias, el Alcalde actúa con discrecionalidad gubernativa o administrativa, sólo sometido al “control y fiscalización” políticos del Pleno [artículo 22.2.a) de la LBRL] y, por supuesto, a una eventual moción de censura en el Pleno (artículo 197 de la LOREG). En cambio, las competencias resolutorias del Pleno en materias administrativas se ejercen a propuesta o por iniciativa del Alcalde. La iniciativa del Alcalde es rechazable por el Pleno, siempre que así lo permita la legislación sectorial. Pero la LBRL no prevé un poder alternativo de iniciativa gubernativa o administrativa del Pleno, en sustitución del Alcalde.

22. El poder de iniciativa del Alcalde, en relación con el Pleno, tiene *dos notables excepciones en el régimen municipal “común”* de la LBRL. Aunque, como en seguida se verá, ambas excepciones son escasamente relevantes cuando se trata del ejercicio de competencias ejecutivas o administrativas por el Pleno. La primera excepción consiste en la *previsión expresa de sesiones extraordinarias del Pleno del Ayuntamiento*, a petición de un grupo de concejales. La segunda está en el ejercicio de funciones de control y fiscalización por el Pleno, en relación con el Alcalde o la Junta de Gobierno. En ambos supuestos el Alcalde pierde o ve limitado su poder de iniciativa ante el Pleno. Pero precisamente por el carácter excepcional de los dos supuestos mencionados, se ratifica la idea central de que, con carácter general, el Pleno ejerce su poder decisorio bajo la iniciativa e impulso previo del Alcalde.

a) Como ya se ha señalado, el artículo 46.2 de la LBRL prevé que una cuarta parte de los concejales del Ayuntamiento puedan imponer al Alcalde la convocatoria y el orden del día de una sesión del Pleno. Formalmente sigue siendo el Alcalde quien convoca y fija el orden del día de dicha convocatoria, aunque materialmente su contenido está predeterminado por un grupo de concejales del Pleno. En ese sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de diciembre de 1998 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, FJ 2), entiende que las normas sobre la convocatoria de Pleno extraordinario sirven de desarrollo al derecho fundamental del artículo 23.2 de la CE garantizando un principio institucional básico, por lo que no puede entrar en juego la libertad de apreciación del Alcalde en esos casos. Aunque *prima facie* esa sesión extraordinaria puede incluir cualquier asunto de competencia del Pleno (del artículo 22.2 de la LBRL), lo cierto es que en

muchas ocasiones el verdadero alcance decisorio del Pleno, en convocatoria extraordinaria, sólo podrá ser un acuerdo o moción de alcance político para que el Alcalde inicie el procedimiento administrativo que debe concluir en un acuerdo (del Alcalde o del propio Pleno). Pues por medio de una convocatoria extraordinaria, conforme al artículo 46.2 de la LBRL, no se eluden las exigencias procedimentales generales [de la propia LBRL, del Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local (TRRL), de las leyes de régimen local de cada comunidad autónoma, o de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJ-PAC)] o sectoriales (de la Ley de contratos de las administraciones públicas, de la legislación urbanística, de la Ley de haciendas locales, de la legislación de patrimonio o de la Ley general de subvenciones, entre otras) que han de preceder a ciertas decisiones del Pleno. Piénsese, por ejemplo, en la exigencia de previo informe del secretario o el interviniente (conforme al artículo 54.1 del TRRL) o en el trámite preceptivo de audiencia a los interesados conforme al artículo 82 de la LRJ-PAC. Con todo, lo más relevante ahora es destacar el carácter excepcional de la convocatoria del Pleno conforme al artículo 46.2 de la LBRL. Pues esta excepcionalidad sirve como criterio de interpretación restrictiva de otras técnicas de impulso o iniciativa que los reglamentos orgánicos municipales atribuyan a los concejales o a los grupos municipales. *La forma de gobierno local "común" de la LBRL se basa en el poder de iniciativa del Alcalde*, en relación con el Pleno, y esa opción legal básica no puede ser alterada a base de atribuir a un grupo de concejales, o a un grupo municipal, un poder de iniciativa sustitutivo o alternativo al del Alcalde.

b) El poder de iniciativa del Alcalde, en relación con el Pleno, también se exceptúa cuando se trata del ejercicio, por el Pleno, del *poder de control sobre el propio Alcalde o la Junta de Gobierno*. Está en la lógica del control y fiscalización [competencia del Pleno conforme al artículo 22.1.a) de la LBRL] que su ejercicio no quede supeditado del propio órgano controlado (Alcalde). Así lo ha entendido la jurisprudencia. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de abril de 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, FJ 7), es un ejemplo de limitación de la discrecionalidad en el ejercicio de las competencias del Alcalde cuando trata de obstaculizar el ejercicio de los instrumentos de control a disposición del Pleno. Se refiere a la inexistencia de discrecionalidad del Alcalde en la elaboración del orden del día de las sesiones del Pleno cuando se trata de incluir instrumentos de control. El Alcalde debe facilitar el acceso al Pleno de las mociones y proposiciones presentadas por los grupos cuando inciden en cuestiones de com-

petencia municipal susceptibles de ser tratadas por el Pleno municipal.

2.4. Inexistencia de *vis atractiva* de la potestad de ordenanza con respecto a las competencias del Alcalde

23. Visto ya que el régimen "común" de la LBRL distribuye las competencias municipales entre el Pleno y el Alcalde (y que el Alcalde goza de cierto protagonismo funcional, en relación con las competencias del Pleno), es necesario referirse específicamente a la competencia del Pleno para aprobar ordenanzas. Dos son aquí las afirmaciones de principio: primera, que en el régimen "común" de la LBRL el poder normativo (poder de ordenanza) está esencialmente reservado al Pleno [artículo 22.2.d) de la LBRL]; y segunda, que la competencia normativa del Pleno (poder de ordenanza) no puede afectar o limitar las competencias decisorias del Alcalde, también atribuidas por la misma Ley básica (artículo 21.1 de la LBRL).

24. Veamos primero la *reserva de poder normativo a favor del Pleno*. La jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones en torno al ejercicio de la potestad normativa por los órganos municipales, delimitando los ámbitos de actuación del Pleno y del Alcalde y definiendo el contenido de la potestad de aprobar ordenanzas. De acuerdo con ella, la potestad normativa de los municipios está atribuida al Ayuntamiento Pleno aprobando bien la correspondiente ordenanza (artículo 49 de la LBRL), bien el correspondiente instrumento de planeamiento urbanístico [STS] de Castilla y León de 20 de marzo de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), FJ 2]. En cambio, *el poder normativo del Alcalde es muy limitado*:

a) En primer lugar, el Alcalde no puede *modificar* mediante un decreto una ordenanza aprobada por el Pleno al carecer de competencia para ello [STS de 6 de junio de 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), FJ 3, que declara nulo de pleno derecho el decreto de la Alcaldía de Barcelona que ponía en vigor la Ordenanza sobre alimentos y establecimientos alimentarios].

b) El Alcalde tampoco puede innovar el ordenamiento jurídico mediante la aprobación de normas jurídicas. Mediante sus actos (en forma de edicto, bando, decreto, etc.) puede actuar como recordatorio de normas preexistentes, sin establecer una regulación *ex novo* [STS] de Castilla y León de 20 de marzo de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), FJ 2].

c) En tercer lugar, el Alcalde *no ostenta una facultad propia de desarrollo o ejecución de los reglamentos u ordenanzas municipales*, ni una competencia reglamentaria genérica o residual fuera del supuesto de

los bandos [STS] del País Vasco de 23 de noviembre de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), FJ 2, referida a la imposibilidad de que el Alcalde mediante decreto desarrolle el Reglamento municipal de servicios urbanos e interurbanos de automóviles ligeros].

d) A lo sumo se puede admitir que mediante bandos, previa habilitación expresa al efecto, se desarrolle la normativa aprobada por el Pleno [así parece desprenderse de la STS] de la Comunidad de Madrid de 3 de mayo de 2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), FJ 5 y 6, referida a la imposibilidad de que por bando del Alcalde se regule de forma general la colocación de contenedores, estableciendo infracciones y sanciones al efecto, si no existe habilitación previa al efecto por parte del Pleno].

25. Más compleja es la segunda cuestión sobre el poder normativo del Pleno: su carácter materialmente limitado. *El Pleno no puede aprobar por ordenanza decisiones que, conforme al artículo 21.1 de la LBRL, caen en la esfera competencial del Alcalde.* El ejercicio de la potestad normativa por el Pleno no puede ser un mecanismo de distorsión del reparto general de funciones entre el Pleno y el Alcalde establecido por los artículos 21.1 y 22.2 de la LBRL. La competencia normativa del Pleno es una competencia más dentro del listado del artículo 22.2 de la LBRL, no una cláusula competencial universal que permita al Pleno decidir sobre cualquier materia, incluidas las atribuidas formalmente al Alcalde, con sólo tramitar la decisión con “forma” de ordenanza. En este punto se marcan claramente las diferencias entre el régimen parlamentario estatal o autonómico y el régimen municipal “común” de la LBRL. En el ámbito estatal o autonómico el legislador es capaz de atraer hacia sí el ejercicio de competencias administrativas, y de tomar decisiones administrativas en forma de ley (avales, autorizaciones). La Constitución no establece un listado de materias reservadas al Ejecutivo. A lo que se suma la primacía de la ley y, de forma derivada, del Legislativo. Por lo tanto, el legislador puede (e incluso debe, en ocasiones) tomar decisiones típicamente administrativas. Es el caso de las leyes de caso único o singulares, aceptadas en nuestro sistema constitucional, con los límites del principio de igualdad (artículo 14 de la CE) y del principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la CE). El mecanismo típico de expansión de las competencias de los órganos legislativos consiste, pues, en la aprobación de actos con forma de Ley que contengan un acto administrativo. En el ámbito local, sin embargo, *no cabe pensar en una ordenanza de caso único, que suplante de este modo al Ejecutivo municipal en el ejercicio de alguna de sus competencias.* La competencia legislativa universal del Parlamento (artículos

66.1 y 97 de la CE) no es trasladable al ámbito municipal. Las competencias decisorias atribuidas al Alcalde o a la Junta de Gobierno Local están reservadas a esos órganos y el Pleno no puede retenerlas apoyándose en su potestad normativa. No puede hablarse, en este sentido, de una primacía normativa absoluta del Pleno respecto de los órganos del Ejecutivo municipal. Ésa es la razón por la que se ha señalado que, en realidad, en el ámbito local no puede hablarse de un sistema presidencialista ni parlamentario, sino de un “modelo mixto”, en la medida en que la forma de gobierno local se basa en la coordinación entre los órganos de gobierno más que en la división de poderes.

26. Ahora bien, la atribución al Pleno de la capacidad de dictar ordenanzas se complica en la medida en que la LBRL no identifica un listado de materias reservadas a la ordenanza. *No se especifica con carácter general en la LBRL qué materias deben ser reguladas por ordenanza y cuáles no.* Lo que prevalece en cada caso es la disposición estatal o autonómica que atribuye la concreta competencia a los ayuntamientos. En efecto, es la legislación sectorial quien, con frecuencia, anuncia o prevé el desarrollo normativo por ordenanza. En este caso no cabe duda de que será el Pleno –y no otro órgano municipal– quien aprobará la normativa municipal de desarrollo, por no ser la ordenanza un instrumento delegable. Sin perjuicio de que –como ya se expuso más arriba– el Alcalde pueda llevar a cabo la ejecución de ordenanzas preexistentes mediante bando siempre que exista una habilitación al efecto.

27. La jurisprudencia, hasta hoy, ofrece pocos criterios para identificar el ámbito propio (y limitado) de la ordenanza municipal. A lo más se puede afirmar que en la jurisprudencia prima *una idea sustancial de ordenanza, calificada por su forma de regulación y no por la materia a la que se refiere:* regulación con vocación de permanencia, con carácter general, fijando derechos y obligaciones para los administrados o refundiendo y armonizando normas preexistentes [en este sentido, la STS de 23 de octubre de 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), FJ 2 y 3, referida a la imposibilidad de que un bando del Alcalde de Madrid regule “la carga y descarga, circulación y estacionamiento de vehículos pesados y de mercancías” al ser una materia típicamente reglamentaria que, por tanto, corresponde regular al Pleno en ejercicio de su potestad normativa; y la STS] de la Comunidad de Madrid de 3 de mayo de 2001 [Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), FJ 5 y 6, referida a la imposibilidad de que por bando del Alcalde se regule de forma general la colocación de contenedores, estableciendo infracciones y sanciones al efecto]. De acuerdo con este criterio, no

habría (en el régimen municipal “común”) materias de interés local excluidas enteramente del poder de regulación del Pleno. Habría, más bien, una limitación funcional: *lo propio del Pleno es regular con carácter general y abstracto las distintas materias de competencia local*; pero la decisión en los casos concretos unas veces corresponde al propio Pleno y otras veces –las más– al Alcalde. Por eso, bajo la forma de “ordenanza” no pueden adoptarse decisiones que caen en la esfera competencial del Alcalde. Con lo dicho, reaparece para el régimen municipal “común” una categoría constitucional (la “ley en sentido material”) que dio vida a los regímenes democrático-parlamentarios europeos hasta 1945.

3. Forma de gobierno de Barcelona

28. En Barcelona es aplicable el régimen municipal básico y “común” de la LBRL, si bien con las relevantes adaptaciones autorizadas por la propia disposición adicional 6.3 de la LBRL y finalmente desarrolladas en la CMB y el ROMB. Como en seguida se verá, la disposición adicional 6.3 de la LBRL no autoriza una “forma de gobierno” verdaderamente alternativa para Barcelona. Prevé que la legislación autonómica (y el Reglamento orgánico municipal) introduzcan algunas singularidades tasadas en la organización del gobierno municipal. Fuera de estas autorizaciones expresas, la forma de gobierno de Barcelona sigue siendo la del régimen “común” de la LBRL. En consecuencia, allí donde la CMB o el ROMB introducen novedades organizativas no directamente previstas en la disposición adicional 6.3 de la LBRL, es necesario plantearse una disyuntiva hermenéutica: que se trate de regulaciones complementarias del régimen municipal barcelonés, amparadas por la competencia legislativa autonómica (hoy, artículo 160 del EAC) o por la potestad municipal de autoorganización [artículo 4.1.a) de la LBRL]; o que se trate de normas verdaderamente innovadoras, susceptibles de alterar la forma de gobierno “común” contenida en la LBRL. En este último caso se impone una adaptación interpretativa de la CMB y del ROMB a lo establecido en la LBRL.

29. Desde la perspectiva de la forma de gobierno municipal, la disposición adicional 6.3 de la LBRL autoriza algunas singularidades concretas:

a) La sustantivación de comisiones dentro del Pleno, que se materializa en las actuales comisiones del Consejo Municipal. A diferencia de las “comisiones informativas y de control” del régimen municipal “común” [artículo 20.1.c) de la LBRL], estas comisiones barcelonesas pueden ejercer competencias propias, las que les atribuya o delegue el propio Consejo Municipal plenario. De esta forma, las comisiones del Consejo Municipal barcelonés se asemejan a las

comisiones parlamentarias del Estado y de la Generalitat. Ahora bien, lo que autoriza la disposición adicional 6.3 de la LBRL es *solamente una distribución interna del poder dentro del Consejo Municipal* (entre el Consejo plenario y sus comisiones). En ningún momento autoriza la mencionada disposición adicional una modificación en las relaciones funcionales entre el Consejo Municipal y el Alcalde. El Alcalde se relaciona con el Consejo Municipal conforme a las pautas generales de los artículos 21.1 y 22.2 de la LBRL. El Alcalde no ve alterada su posición competencial por la posible creación de comisiones internas dentro del Consejo Municipal. En consecuencia, *el poder de iniciativa del Alcalde ante el Pleno (Consejo Municipal), conforme al artículo 21.1.a) y c) de la LBRL, no puede resultar alterado por la legislación autonómica o la autorregulación municipal autorizada por la disposición adicional 6.3 de la LBRL*. Esta conclusión puede exigir una interpretación conforme de la CMB y del ROMB, adaptando a la LBRL el hipotético alcance del poder de iniciativa que se reconoce a los grupos municipales o a los concejales (en el plenario o en comisión). Sobre esto volveremos más adelante.

b) La disposición adicional 6.3 de la LBRL también autoriza la sustantivación competencial de la Comisión de Gobierno (hoy, Junta de Gobierno Local, en el régimen municipal común). La Comisión de Gobierno de Barcelona puede recibir, como propias, tanto competencias del Pleno (excepto las no delegables o para las que la LBRL prevea su ejercicio por mayoría especial) como del Alcalde. En este caso, la autorización modificativa de la LBRL deja sin aclarar cuál es el régimen de funcionamiento de la Comisión de Gobierno, y cuál ha de ser su relación con el Consejo Municipal. En el silencio de la LBRL hay un amplio margen de regulación de desarrollo, tanto para la CMB como para el ROMB. Ahora bien, en ese desarrollo normativo hay que tener en cuenta que *el nuevo sistema no cuestiona la posición de preeminencia funcional absoluta del Alcalde respecto de la Comisión de Gobierno* [artículos 21.1.c) y 23.1 de la LBRL]. Ni altera las relaciones funcionales entre el Alcalde y el Consejo Municipal.

c) Finalmente, la disposición adicional 6.3 de la LBRL autoriza una ampliación competencial del Alcalde, a costa del Pleno. También en este caso la autorización es sólo para aumentar las competencias del Alcalde, pero no para establecer una forma especial de vinculación funcional entre el Alcalde y el Pleno (Consejo Municipal). En consecuencia, el ejercicio de esas nuevas competencias del Alcalde, provenientes del Pleno, habrán de ejercerse con la autonomía decisoria propia del Alcalde conforme al artículo 21.1 de la LBRL.

4. Ejercicio de las competencias del Consejo Municipal de Barcelona

4.1. Distinción entre funciones decisorias y de control

30. El Consejo Municipal de Barcelona ejerce competencias o funciones bien diversas. Son las que se enumeran en los artículos 29 y 34 del ROMB. Este listado es resultado de lo establecido en el artículo 22.2 de la LBRL, y de las adaptaciones decididas por el artículo 11 de la CMB. La forma de ejercicio de esas competencias se rige por los artículos 51 y ss. del ROMB, interpretado de conformidad con los artículos 11 y ss. de la CMB y de los artículos 19 y ss. de la LBRL. En lo que ahora importa, el ROMB distingue con claridad entre dos tipos de funciones cualificadas del Consejo Municipal: la *adopción de decisiones* y el *control sobre el Alcalde y la Comisión de Gobierno*. A estas dos funciones elementales son reconducibles las cuatro relacionadas en el artículo 30.1 del ROMB (función normativa, programadora, presupuestaria, ejecutiva, y de impulso, control y fiscalización). Dicho esto, hay que aclarar que el presente estudio se construye al régimen jurídico de las competencias “ejecutivas” del Consejo Municipal. Las funciones normativa, programadora y presupuestaria presentan singularidades de régimen jurídico, tanto en la CMB como en el ROMB, que caen fuera del objeto del presente estudio.

31. La neta diferenciación de las funciones “ejecutivas” y de control, con origen en la reforma de la LBRL por medio de la Ley 11/1999, tiene su reflejo directo en el orden del día del Pleno, conforme al artículo 73 del ROMB. La diferencia esencial entre ambas funciones, la “ejecutiva” y la de control, determina su forma de ejercicio. Y desde esta premisa se deben interpretar las normas del ROMB sobre el funcionamiento del Consejo Municipal. En términos generales, *en las tareas de control o fiscalización se debe reconocer un amplio protagonismo funcional del Consejo Municipal*, en Pleno o en Comisión. Bien a través de la Junta de Portavoces, de los grupos municipales o de los concejales. Es precisamente en estas tareas de fiscalización y control donde toma pleno sentido la importante regulación orgánica y funcional de la Junta de Portavoces en el ROMB.

32. En efecto, *la competencia de control y fiscalización* [artículos 30.2.1 y 34.1.d) del ROMB], por su propia naturaleza, ha de ejercitarse en un *régimen de clara independencia funcional respecto del Alcalde y de la Comisión de Gobierno*. De hecho, los artículos 96 y ss. del ROMB otorgan a la Junta de Portavoces (para el Consejo Plenario) y a la Presidencia (para las comisiones), una importante función rectora de las tareas de control. Es el caso, por ejemplo,

de las “declaraciones de grupo” en el artículo 100 del ROMB. Aquí las funciones directivas o presidenciales del Alcalde están estrictamente regladas. Esta singularidad funcional tiene pleno encaje en el régimen municipal básico y “común”. Pese a que la LBRL no establece una forma específica de ejercicio de las funciones de control o fiscalización, la jurisprudencia sí tiene ya declarado que en esas tareas el Alcalde no dispone de discrecionalidad para la convocatoria del Pleno o la fijación del orden del día (véase *supra* § 22.b). Se puede considerar, en este sentido, que tras la Ley 11/1999 el régimen municipal común incorpora la distinción elemental entre funciones decisorias y funciones de control o fiscalización del Pleno. Y que a partir de esa distinción elemental es posible una clara diferenciación procedimental en el funcionamiento del Consejo Municipal de Barcelona. Agotando las posibilidades de este criterio interpretativo, se podría afirmar que algunas atribuciones ordinarias del Alcalde/Presidente, como la alteración del orden del día (artículo 79.3 del ROMB), o la retirada de asuntos del orden del día (artículo 79.1 del ROMB), no pueden ejercerse –al menos no normalmente– en relación con la parte del orden del día del Consejo plenario referido al control del ejecutivo municipal.

4.2. Competencias “ejecutivas” del Consejo Municipal

33. El artículo 30.2 del ROMB enumera las atribuciones decisorias del Consejo Municipal. De entre ellas, este estudio se va a centrar en las propiamente “ejecutivas”. Esto es, las que se expresan a través de típicos actos administrativos. Quedan fuera del análisis las atribuciones reconducibles a las funciones normativas, de control y fiscalización, de programación o presupuestaria. Lo peculiar de los actos administrativos del Consejo Municipal es su *regulación simultánea y necesariamente compatible en varios tipos de leyes*: las leyes generales de procedimiento administrativo; las leyes sectoriales en función de la materia, y las leyes generales sobre régimen local. Veamos:

a) Las resoluciones “ejecutivas” del Consejo Municipal (enajenaciones de bienes patrimoniales, concertación de operaciones de crédito, adjudicación de contratos, etc.) son actos administrativos en el sentido de la LRJ-PAC. Y, en esa medida, se rigen por el artículo 53 de la LRJ-PAC: todos los actos administrativos se dictan por el órgano competente, conforme al procedimiento debido y de acuerdo con el ordenamiento jurídico. De este precepto elemental se sigue que con anterioridad al trámite de aprobación final, por el Consejo Municipal, *existirá un procedimiento administrativo del que resultará una propuesta*. La competencia resolutoria del Consejo Municipal no podrá hacerse en ningún caso obvian-

do la exigencia de previo procedimiento administrativo, ni vaciando de relevancia jurídica los distintos trámites que integran el correspondiente procedimiento.

b) Sobre la tramitación del procedimiento se van a proyectar tanto las normas sectoriales específicas (contratación, bienes municipales), como las normas de régimen orgánico municipal. Esto va a determinar que, frente al patrón procedimental ordinario, en este caso el órgano con competencia resolutoria (Consejo Municipal) no impulsa y ordena la tramitación del procedimiento. Por exigencia de la “forma de gobierno” regulada en la LBRL, *la ordenación e impulso del necesario procedimiento administrativo previo corresponde al órgano encargado de dirigir la Administración municipal*: el Alcalde [artículo 21.a) y c) de la LBRL]. Ello sin perjuicio, claro es, de las posibles delegaciones o desconcentraciones en otros órganos municipales distintos del Consejo Municipal.

c) Una vez tramitado el correspondiente procedimiento administrativo, la fase de resolución o terminación ha de adecuarse a las singularidades de la legislación de régimen local y a la legislación sectorial. Así, sobre la fase de resolución o terminación del procedimiento administrativo se van a proyectar las normas de régimen local que regulan las relaciones entre el Alcalde (o Comisión de Gobierno) y el Consejo Municipal. Esto implica que *entre la tramitación y la terminación del procedimiento va a tomar relevancia la llamada “iniciativa” del Alcalde (o Comisión de Gobierno) ante el Consejo Municipal*. De esta manera, la tramitación del procedimiento no concluye de forma reglada ante el Consejo Municipal, como podría sugerir el artículo 89 de la LRJ-PAC. Será el Alcalde quien resuelva sobre la conveniencia y oportunidad –o no– de formular como propuesta de acuerdo del Consejo Municipal el resultado del previo procedimiento administrativo. Ello, claro es, siempre que las leyes sectoriales permitan ese margen de opción una vez concluido el procedimiento administrativo.

d) Finalmente, la competencia resolutoria del procedimiento administrativo (cuando corresponde al Consejo Municipal) ha de ejercerse conforme a la legislación sectorial y la de régimen local. Así que, pese a la composición representativa del Consejo Municipal, *algunas de las propuestas del Alcalde serán de aprobación reglada (cuando así resulte de la legislación sectorial)*. Y otras propuestas serán rechazables, pero no modificables por el propio Consejo Municipal.

34. Según se ha explicado en el apartado anterior, la competencia resolutoria del Consejo Municipal viene regulada por un conjunto heterogéneo de normas: de procedimiento administrativo, sectoriales, y de régimen local. Todas ellas han de interpretarse con-

junta y sistemáticamente, a fin de conseguir la máxima eficacia posible de cada una de ellas (principio de concordancia práctica). Esto va a suponer, con frecuencia, una interpretación restrictiva de las “formas parlamentarias” del ROMB, a fin de reconducir el funcionamiento “ejecutivo” del Consejo Municipal a la legislación administrativa procedimental y sectorial. De la coonestación de las diversas normas aplicables a la actividad administrativa del Consejo Municipal resulta el siguiente *itinerario lógico-procedimental* en la adopción de resoluciones por el Consejo Municipal. En primer lugar es el Alcalde, como director de la Administración municipal [artículo 21.1.a) de la LBRL] e impulsor de sus servicios [artículos 21.1.d) de la LBRL y 13.1.a) de la CMB], quien de ordinario ordena la iniciación del procedimiento administrativo (en el sentido formal de los artículos 68 y ss. de la LRJ-PAC), con independencia que sea al mismo Alcalde, a la Comisión de Gobierno (artículo 16 de la CMB) o al Consejo Municipal (artículo 11.1 de la CMB), a quien corresponda la resolución final. Con frecuencia, incluso, en el momento de iniciación del procedimiento no se puede determinar aún quién será el órgano competente para la resolución definitiva (así ocurre con la adjudicación de contratos o la enajenación de bienes, donde la competencia resolutoria viene determinada por la cuantía de la actuación, y ésta sólo resulta del propio procedimiento administrativo). Bien puede ocurrir que la iniciación del procedimiento siga a un acuerdo político del Consejo Municipal, adoptado como expresión de la función de “impulso” del Consejo Municipal [artículo 11.1.a) de la CMB] al amparo de los artículos 96 y ss. del ROMB; pero en este caso el seguimiento de ese acuerdo por parte del Alcalde ha de entenderse en el ámbito de las relaciones políticas entre Alcalde, Comisión de Gobierno y Consejo Municipal. Por eso, la posible no-iniciación por el Alcalde de un procedimiento administrativo exigido por el Consejo Municipal podrá determinar consecuencias propiamente políticas, pero no será una infracción jurídicamente relevante. Una vez iniciado el procedimiento administrativo, su *tramitación y ordenación* se ejerce bajo la dirección del Alcalde o de la Comisión de Gobierno. Concluida la tramitación, el Alcalde (o la Comisión de Gobierno) acuerdan –o no– *presentar el resultado del procedimiento como “iniciativa” ante el Consejo Municipal*, que es quien finalmente puede “aprobar” o rechazar (y sólo muy limitadamente enmendar) la propuesta de acuerdo. De este itinerario procedimental se van a analizar ahora detenidamente dos momentos –la “iniciativa” y la “aprobación”– pues es en ellos donde mayores complejidades muestran la necesaria coonestación entre las normas procedimentales, secto-

riales y de organización municipal. Dos son las grandes cuestiones que se han de abordar: Tenemos, por un lado, la previsión en el ROMB de “iniciativas” para la adopción de acuerdos del Consejo Municipal formuladas por los propios concejales o los grupos municipales del Consejo. Estas “iniciativas” contrastan, a simple vista, con el poder de iniciativa que la LBRL reserva al Alcalde (véase *supra* § 20 y ss.), lo que habrá de llevar a una interpretación restrictiva del ROMB en materias típicamente administrativas. La segunda cuestión se refiere al margen de discrecionalidad o libertad del Consejo Municipal a la hora de resolver sobre las propuestas de acuerdo que le formula el Alcalde o presidente de comisión. La afirmación de principio es aquí que el poder de resolución final del Consejo Municipal, cuando de resoluciones administrativas se trata, no puede presentar el mismo nivel de discrecionalidad que el que está presente en el ejercicio de poder normativo o de programación. Veremos que las resoluciones administrativas del Consejo Municipal son, con frecuencia, regladas.

4.2.1. Iniciativa ante el Consejo Municipal

35. Como ya se ha anticipado, conforme al régimen local “común” de la LBRL el Alcalde (y mediatamente la Comisión de Gobierno) capitaliza la iniciativa para la adopción de actos administrativos por el Consejo Municipal. Esta regulación básica exige una severa interpretación conforme del ROMB, en especial en lo que se refiere al poder de iniciativa –también en materias administrativas– del que aparentemente disfrutaban los concejales y los grupos parlamentarios. En el título IV, capítulo I, sección 1 del ROMB se regulan dos tipos de “iniciativa” para la adopción de acuerdos por el Consejo Municipal (en forma plenaria o en comisión). Está, por un lado, la “iniciativa ordinaria”, que corresponde al Alcalde, a la Comisión de Gobierno, o a sus órganos desconcentrados o delegados, y que tiene lugar “una vez preparados los expedientes por la Administración ejecutiva” (artículos 51 a 53 del ROMB). Y están, por otro lado, varias formas “no ordinarias” de iniciativa: las iniciativas “extraordinarias” por razón de urgencia planteadas por el Alcalde y la Comisión de Gobierno (mociones: artículos 52 y 53 del ROMB); y las iniciativas de los grupos municipales o de al menos tres concejales (artículos 54 y 55 del ROMB), iniciativas estas últimas a las que en la estructura del ROMB también se puede denominar “extraordinarias”, bien por razón del sujeto que las propone (“proposiciones”), bien por esa razón y por la urgencia con que se plantean (“mociones”). Pese a la apariencia que ofrece la regulación conjunta de las distintas formas de ini-

ciativa (la “ordinaria” y las diferentes “extraordinarias”) en seguida hay que precisar que el alcance de ambos tipos de iniciativa es bien distinto. Y para ello se van a apuntar argumentos de Derecho positivo, tanto del propio ROMB como de la LBRL (a cuya forma de gobierno ha de conformarse la interpretación del ROMB).

4.2.1.1. Iniciativa del Alcalde

36. En primer lugar, el artículo 51 del ROMB expresamente califica la iniciativa del Alcalde o de la Comisión de Gobierno como *ordinaria*. Y nada dice en cambio el artículo 54 del ROMB cuando se refiere a la iniciativa de los grupos municipales o de los concejales. De esta forma, con una primera aproximación meramente literal, se puede afirmar ya que el propio ROMB diferencia entre una iniciativa “ordinaria” (la del Ejecutivo municipal) y otra iniciativa “extraordinaria” (la de los grupos municipales y los concejales). En el régimen de la iniciativa “ordinaria” se pueden destacar las siguientes notas:

a) Aunque el artículo 51 del ROMB se refiere indistintamente al Alcalde y a la Comisión de Gobierno (o incluso a los órganos desconcentrados o delegados), lo cierto es que *el protagonismo de la iniciativa ordinaria corresponde propiamente al Alcalde*. Es cierto que, en ocasiones, el ROMB se refiere expresamente a ciertas iniciativas de la Comisión de Gobierno ante el Consejo Municipal; tal es el caso de las propuestas de reglamento orgánico, de ordenanzas, del Plan General de Actuación Municipal, del Programa de Actuación, del Plan de Inversiones y del Programa Financiero (artículo 49.2.1 del ROMB). Ahora bien, justamente esa previsión expresa del ejercicio de la iniciativa por parte de la Comisión de Gobierno en ciertos asuntos pone de manifiesto que en el resto de las materias (y entre ellas las típicamente administrativas o ejecutivas) es el Alcalde –y no la Comisión de Gobierno– quien de ordinario ejerce la iniciativa frente al Consejo Municipal. A ello hay que sumar que tanto el artículo 22.3 del ROMB como el artículo 21.1.c) de la LBRL establecen con claridad que es el Alcalde quien convoca y preside el Pleno y, con ello, quien ejerce *formalmente* la iniciativa ante el Consejo Municipal. Así que cualquier iniciativa ante el Consejo Municipal, incluidas las que en origen pudieran venir de la Comisión de Gobierno, debe constar en el orden del día que, en última instancia, elabora el Alcalde. En suma, en el gobierno de Barcelona sólo el Alcalde goza del *poder formal de iniciativa* ante el Consejo Municipal. Cuestión distinta es que el contenido material de esa iniciativa venga prefigurado en acuerdos de la Comisión de Gobierno o de los demás órganos desconcentrados o delegados a los que se refiere el artículo 51 del ROMB.

b) Alguna precisión especial merece la iniciativa para *propuestas de acuerdos presentadas por el Alcalde ante las comisiones del Pleno*. Conforme al artículo 92.1 del ROMB, el orden del día de las comisiones se determina por su Presidente. Y hay que tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 39 del ROMB (en desarrollo del artículo 17.3 de la CMB) es el Consejo Municipal plenario quien –a propuesta del Alcalde– nombra a cada presidente de comisión. Sería posible, por tanto, una presidencia de la comisión ajena al grupo municipal que sustenta al Alcalde. En apariencia, por tanto, la iniciativa del Alcalde estaría condicionada por la presidencia de cada comisión. Ahora bien, más allá de la apariencia, hay que sostener que la presidencia de las comisiones se encuentra estrictamente vinculada a la Alcaldía. Dos son aquí los argumentos. El primero, el propio artículo 12.3 de la CMB, que expresamente establece que el Presidente de cada comisión “debe incluir obligatoriamente los puntos [del orden del día] que le envíe el Alcalde o la Alcaldesa...”. Un segundo argumento consiste en interpretar que el presidente de cada comisión *actúa, en realidad, por delegación del Alcalde*. La aparente autonomía funcional del presidente de cada Comisión, según la regulación de la CMB y del ROMB, ha de ser interpretada a la luz de la forma de gobierno municipal regulada en la LBRL. Y de esta interpretación resulta que la presidencia de las comisiones no ejerce un poder alternativo al del Alcalde. Recuérdese que la disposición adicional 6.3 de la LBRL, en su apartado segundo, permite que el Pleno actúe también mediante comisiones, ejerciendo las competencias decisorias “que les atribuya o delegue dicho Pleno”. Pero lo que no contiene la disposición adicional 6.3.2 de la LBRL es una autorización de regulación diferenciada de las relaciones entre el Alcalde y el Consejo Municipal (véase *supra* § 29 a). Por eso, la LBRL no autoriza inicialmente la desagregación de la función de presidencia de las comisiones respecto de la competencia general de presidencia del Pleno que el artículo 21.1.c) atribuye al Alcalde. En otros términos: la posibilidad de que el Pleno (Consejo Municipal) actúe en comisión, según la previsión de la disposición adicional 6.3.2 de la LBRL, no priva al Alcalde de su función presidencial general en relación con el Consejo Municipal. En este punto, por tanto, se podría afirmar que tanto el artículo 17.3 de la CMB como el artículo 39 del ROMB son originalmente disconformes con la forma de gobierno municipal “común” de la LBRL (aplicable en Barcelona). Esta situación ha quedado parcialmente corregida con el artículo 1.3.a) de la Ley estatal 1/2006, por la que se regula el régimen especial del municipio de Barcelona. Determina este precepto la aplicación a Barcelona del artículo 122.2 de la LBRL, conforme al cual el Alcalde puede delegar en un concejal la convo-

catória y presidencia del Pleno. En esta norma se puede considerar incluida la posibilidad de que el Alcalde delegue en un concejal algunas de las funciones presidenciales del Consejo Municipal (por ejemplo, la presidencia de una comisión). Pero lo que sigue sin amparo legal en la LBRL es la posibilidad (artículos 17.3 de la CMB y 39 del ROMB) de que un concejal ejerza la función presidencial de una comisión del Consejo Municipal por designación de este mismo órgano (actuando en pleno). En este sentido se impone una interpretación de la CMB y del ROMB conforme a la LBRL. Consiste esta interpretación en considerar que la presidencia de cada comisión se ejerce, en puridad, por medio de una *delegación del Alcalde aceptada por el Consejo Municipal plenario*. La “propuesta” de designación del presidente de cada comisión, al que se refiere el artículo 39 del ROMB, ha de considerarse, más bien, como una delegación competencial del Alcalde, actualmente autorizada y prevista en el artículo 1.3.a) de la Ley 1/2006, por la que se regula el régimen especial del municipio de Barcelona. Con la singularidad, eso sí, de que dicha delegación ha de ser *aceptada* por el Consejo Municipal plenario. Con la interpretación propuesta se evita la contradicción abierta entre la CMB y el ROMB, por un lado, y la LBRL y la Ley 1/2006, por otro lado, permitiéndose así la vigencia simultánea de los dos grupos de normas. Y de esta forma queda reafirmado el poder de iniciativa del Alcalde ante las comisiones del Consejo Municipal.

c) La iniciativa “ordinaria” del Alcalde presupone la existencia de un “expediente administrativo”, previamente elaborado por la Administración ejecutiva (artículo 51.1 del ROMB). El ROMB no establece en qué consiste ese “expediente” ni, lógicamente, el procedimiento para su elaboración. Aquí serán de aplicación las leyes sectoriales y, en su caso, las reglas procedimentales generales (de la LRJ-PAC) o de régimen local de Cataluña. Lo relevante ahora es, en todo caso, que el artículo 51 del ROMB distingue entre la “*iniciación*” de un procedimiento administrativo (donde se prepara y fundamenta el contenido de una posible resolución administrativa del Consejo), y la “*iniciativa*” del Alcalde ante el Consejo (acto de gobierno por el cual el Alcalde propone al Consejo la terminación del procedimiento administrativo). Esta distinción entre “*iniciación*” del procedimiento e “*iniciativa*” ante el Consejo es relevante para acentuar la configuración de la “*iniciativa*” como un acto de impulso discrecional del Alcalde, que enlaza la tramitación administrativa del procedimiento con su terminación por parte del Consejo Municipal.

37. El ROMB también prevé la *iniciativa “extraordinaria” del Alcalde ante el Consejo Municipal*, actuando en comisiones (artículo 52 del ROMB) o en Pleno (artículo 53 del ROMB). Se trata de “*mociones*” del

Alcalde por razones de urgencia, presentadas al menos con veinticuatro horas de antelación a la celebración de la sesión de la comisión o del Pleno del Consejo Municipal. Estas mociones, o iniciativas extraordinarias, son de utilización muy restringida. Tanto en la forma como en el contenido.

a) Por un lado, el propio artículo 55.2 del ROMB (aplicable por remisión del artículo 53 del ROMB) establece que las mociones del Alcalde ante el Consejo Municipal plenario son iniciativas “que no exijan un procedimiento administrativo previo”. El artículo 55.2 del ROMB excluye directamente del ámbito posible de la moción (iniciativa de acuerdo urgente) todos aquellos asuntos que requieren un procedimiento administrativo previo. Con este criterio, el ámbito material de las posibles mociones del Alcalde queda muy reducido. Más aún: resulta difícilmente imaginable alguna materia de competencia resolutoria del Consejo Municipal donde el acuerdo no provenga de un previo procedimiento administrativo (general o sectorial).

b) Por otro lado, y por si lo anterior no fuera suficiente, *las mociones del Alcalde están sometidas a ciertos rigores formales*, derivados de la LBRL y de su interpretación jurisprudencial. Lo que el ROMB denomina iniciativa “extraordinaria” del Alcalde coincide parcialmente con lo que en el artículo 46.2.d) de la LBRL son sesiones extraordinarias y urgentes del Pleno. Esta regulación de la LBRL no ha sido excepcionada de su aplicación a Barcelona por la disposición adicional 6.3 de la LBRL. Y por ello, se impone una interpretación del ROMB conforme al artículo 46.2.d) de la LBRL y a la jurisprudencia (judicial y constitucional) que lo aplica. Desde esta perspectiva hay que subrayar la interpretación restrictiva del artículo 46.2.a) de la LBRL en la jurisprudencia. Toda convocatoria extraordinaria y urgente de un Pleno por parte del Alcalde (esto es, con menos de dos días hábiles de antelación) supone una dificultad relevante en el ejercicio del cargo electo de concejal, ejercicio del cargo protegido por los derechos fundamentales de los artículos 23.1 y 2 de la CE. De ahí que este tipo de convocatorias urgentes estén sometidas a varios límites y exigencias estrictos: exigencia de motivación formal de la urgencia por el Alcalde; exigencia de que verdaderamente se esté ante una situación materialmente urgente (entendiendo por tal, aquella situación que impide que la convocatoria se produzca con al menos dos días de antelación); la necesaria apreciación de la urgencia en el propio Pleno [STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 27 de junio de 2007]; y la exigencia ineludible de que el expediente o información correspondiente a la convocatoria esté disponible para los concejales en la Secretaría del Ayuntamiento

[STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 4 de junio de 2007]. La infracción de estos requisitos no sólo es incumplimiento de la ley sino que lesiona simultáneamente el derecho fundamental de los concejales al ejercicio de su cargo representativo (artículo 23 de la CE). Ésta es la configuración normativa de las sesiones “extraordinarias y urgentes” en la LBRL. Y a esta regulación ha de adaptarse la interpretación de los artículos 52 y 53 del ROMB. Es cierto que en estos preceptos no se regulan las “sesiones” extraordinarias y urgentes del Consejo Municipal (éstas se regulan en el artículo 69 del ROMB). Pero también es cierto que la distinción del ROMB entre “iniciativas” extraordinarias y urgentes del Alcalde (mociones) y las “sesiones” extraordinarias y urgentes del Consejo no puede eludir ni la aplicación de los criterios materiales del artículo 46.2.d) de la LBRL ni su garantía por medio del derecho fundamental al ejercicio del cargo representativo (artículo 23 de la CE). Por ello se puede concluir que, *bajo la pauta interpretativa de la LBRL (y en relación con ella, del artículo 23 de la CE), las mociones del Alcalde (artículos 52 y 53 del ROMB) son de utilización muy limitada y estricta.*

4.2.1.2. Iniciativa de los grupos municipales y de concejales

38. Bien distinto es el régimen de la “*iniciativa extraordinaria*” de los grupos municipales o de los concejales. Los artículos 54 y 55 del ROMB prevén la posibilidad de que cada grupo municipal, o al menos tres concejales coaligados, puedan presentar “proposiciones” y “mociones” para la adopción de acuerdos por el Consejo Municipal, en comisión o en Pleno. Los mismos artículos 54 y 55 del ROMB advierten de que a esas iniciativas sigue un control del Consejo: bien del presidente de la comisión correspondiente “en cuanto a la competencia de la comisión, a su naturaleza, procedimiento y, en su caso, en cuanto a la excepcionalidad del momento para su presentación” (artículo 54.1 del ROMB); bien de la Junta de Portavoces del Consejo Municipal plenario, “en relación con la competencia del plenario, su naturaleza y el procedimiento” (artículo 55.1 del ROMB). Finalmente, y sólo para las “mociones” (urgentes) ante el Consejo Municipal plenario se matiza que sólo se tramitarán como tales las iniciativas “que no sean ruegos o preguntas y que no exijan un procedimiento administrativo previo” (artículo 55.2 del ROMB). Como se ve, el Reglamento orgánico prevé que bien el presidente de cada comisión, bien la Junta de Portavoces, fiscalicen las iniciativas de los grupos municipales o de los concejales. Aunque los criterios para ese control previo están simplemente apuntados (competencia del órgano, procedimiento, “naturaleza” de la iniciativa, “excepcionalidad” del

momento), a la vista del ROMB pudiera pensarse *prima facie* que la iniciativa para la “adopción de acuerdos” de los grupos municipales o de los concejales (al menos tres) es alternativa a la iniciativa del Alcalde o la Comisión de Gobierno. Mas esta lectura del ROMB ha de reencauzarse a la luz de la forma de gobierno establecida en la LBRL y aplicable a Barcelona (véase *supra* § 7 y ss.).

a) Conforme al artículo 54.1 y 2 del ROMB, referido a las iniciativas ante cada comisión del Consejo Municipal, las proposiciones y mociones de los grupos municipales (o concejales) se presentan a la presidencia de cada comisión. Y es el Presidente quien verifica la corrección de la iniciativa y la incluye en el orden del día de la comisión. Ahora bien, como ya se ha señalado más arriba, la interpretación de la CMB y del ROMB conforme a la legislación básica estatal permite afirmar que el presidente de la comisión ejerce funciones delegadas del Alcalde-Presidente del Consejo Municipal. Esto supone una *estrecha dependencia del presidente de cada comisión respecto del presidente del Consejo Municipal plenario*. En concreto, por aplicación del artículo 14.1 de la LRJ-PAC, el Alcalde-Presidente podrá avocar la convocatoria o presidencia de una concreta sesión de una comisión del Consejo Municipal, o verificar la corrección de una iniciativa concreta de los grupos municipales, para insertarla en el orden del día de la comisión.

b) En el caso de iniciativas ante el Consejo Municipal plenario, el artículo 55.1 del ROMB prevé que *será la Junta de Portavoces quien examine* las “proposiciones” de los grupos municipales (o de al menos tres concejales). Esta función de la Junta de Portavoces no tiene claro reflejo en la CMB y resulta en gran medida disconforme con la regulación de la forma de gobierno municipal en la LBRL. En cuanto a lo primero, el artículo 18.4 de la CMB determina que es función de la Junta de Portavoces “debatir el orden del día de las sesiones ordinarias del Consejo Municipal propuesto por el Alcalde o Alcaldesa y, si procede, modificarlo”. Nada especial prevé la CMB para las iniciativas “extraordinarias” de los grupos municipales en el seno de las sesiones ordinarias del Consejo Municipal. Y desde luego que queda claro en el artículo 18.4 de la CMB que el orden del día del Consejo Municipal es competencia del Alcalde. De otro lado, y esta vez por exigencia de la forma de gobierno municipal de la LBRL, hay que considerar que *el poder de modificación del orden del día por la Junta de Portavoces únicamente se refiere a las tareas de control del Ejecutivo municipal*. Pues, como ya se ha dicho más arriba siguiendo la jurisprudencia actual (*supra* § 22 b), en las funciones de control el Consejo Municipal, y por ello su Junta de Portavoces, actúa con un alto grado de autonomía funcional res-

pecto del Alcalde. Fuera de las funciones de control, la competencia del Alcalde-Presidente del Consejo Municipal [artículo 21.1.c) de la LBRL] no permite que el Pleno (Consejo Municipal) pueda imponerse sobre la fijación del orden del día por el Alcalde. En coherencia con lo dicho, e interpretando el artículo 55.1 del ROMB conforme a la CMB y la LBRL, se podría afirmar que la tarea de la Junta de Portavoces es la de *informar o verificar de forma no resolutoria las “proposiciones” de los grupos municipales ante el Consejo Municipal plenario*. Ese informe de la Junta de Portavoces sería preceptivo pero no vinculante para el ejercicio del poder de orden del día por parte del Alcalde.

c) Finalmente, la inclusión efectiva de las “proposiciones” (o incluso “mociones”) de los grupos municipales en el orden del día del Consejo Municipal no es estrictamente reglada. En primer lugar, porque los artículos 54.2 y 55.1 del ROMB fijan algunos criterios obstativos para la tramitación de las “proposiciones” de los grupos municipales: competencia del órgano, procedimiento, “naturaleza” de la iniciativa, “excepcionalidad” del momento. Ello permite al Alcalde (o presidente de comisión) un primer control de legalidad sobre la iniciativa (en su caso, previo informe de la Junta de Portavoces). Mediante este *control de legalidad* se comprueba que el Consejo Municipal tiene competencia específica para acordar lo que se contiene en la proposición y *que dicho acuerdo sea conforme con la legislación procedimental* (general o sectorial). Piénsese, por ejemplo, en una hipotética propuesta de otorgamiento de subvención a una asociación sin que previamente se haya cumplido con las exigencias procedimentales (en su caso, competitivas) de la Ley general de subvenciones. En esta tarea de control de legalidad del Alcalde (o presidente de comisión) cabe la posibilidad de recalificar algunas iniciativas como ruego, pregunta o declaración de grupo y por tanto reconducirlas al ámbito del control y fiscalización del Consejo Municipal sobre el funcionamiento del Ejecutivo municipal (artículo 62 del ROMB). Junto a lo anterior, los propios artículos 54.2 y 55.1 del ROMB prevén una verificación de las “proposiciones” (o incluso “mociones”) de los grupos municipales en razón de “su naturaleza”. Hay que entender que *esta referencia a la “naturaleza” de la iniciativa permite un limitado control de oportunidad del Alcalde* (o presidente de comisión) sobre las iniciativas de los grupos municipales. El sentido de este control es evitar que las iniciativas en el Consejo Municipal –fuera de lo que es propio de la función de fiscalización del ejecutivo municipal– puedan resultar contrarias a la función de “dirección del gobierno” municipal, que el artículo 21.1.a) de la LBRL atribuye al Alcalde. Mediante este control en virtud de la “naturaleza” de la iniciativa se trata de

evitar, en suma, que la dirección del gobierno municipal se traslade de la Alcaldía al Consejo Municipal, en contra por tanto de la forma de gobierno “común” regulada en la LBRL. Este control de oportunidad del Alcalde puede tener especial sentido en casos en los que, habiéndose tramitado un asunto conforme al procedimiento administrativo debido, y siendo la competencia resolutoria del Consejo Municipal, finalmente el Alcalde optase por no someter propuesta alguna de acuerdo al Consejo.

d) Por otro lado, a las iniciativas de los grupos municipales para la adopción de acuerdos, iniciativas que venimos calificando de “extraordinarias”, le son aplicables algunos *límites cuantitativos* derivados del artículo 46.2.a) de la LBRL. Como es sabido, ese precepto de la LBRL prevé la posibilidad de que, de forma extraordinaria, los concejales (al menos la cuarta parte del Pleno) puedan reclamar la convocatoria de una “sesión extraordinaria” del Pleno. El mismo artículo 46.2.b) de la LBRL establece un límite cuantitativo a estas solicitudes por parte de cada concejal: tres por año. Esta regulación de las “sesiones extraordinarias” del Pleno (Consejo Municipal) tiene su correspondencia en los artículos 68 y siguientes del ROMB. Pero en paralelo a la regulación de las “sesiones extraordinarias” del Consejo Municipal, el mismo ROMB regula las iniciativas para la adopción de acuerdos por parte de los grupos municipales o concejales coaligados (al menos tres). Parece claro que en la estructura del ROMB estas segundas iniciativas de los grupos municipales, o de los concejales, van cabalmente dirigidas a incluir asuntos en el orden del día de “sesiones ordinarias” del Consejo Municipal. En esa medida, *los concejales de Barcelona dispondrían de una doble posibilidad de plantear acuerdos al Consejo Municipal*: exigiendo la convocatoria de una sesión extraordinaria del Consejo; o exigiendo la introducción de una proposición (o moción) en el orden del día de una sesión ordinaria del mismo Consejo (plenario o en comisión). Este resultado no resulta plenamente conforme con la forma de gobierno municipal establecida en la LBRL. Como ya se ha dicho, la convocatoria y el orden del día del Pleno (Consejo Municipal) corresponde al Alcalde [artículo 21.1.c) de la LBRL]. Y como corrección a ese poder del Alcalde, el actual artículo 46.2.a) de la LBRL concede a los concejales un limitado poder de iniciativa alternativo al del Alcalde: mediante la reclamación de una “sesión” extraordinaria del Pleno. El artículo 46.2.a) de la LBRL no ha de verse como un mínimo de iniciativa de los concejales, ampliable por leyes autonómicas y reglamentos orgánicos municipales. En otros términos, el artículo 46.2.a) de la LBRL no deja abierta la forma de gobierno municipal. Expresamente establece que

cada concejal sólo puede exigir tres veces en cada anualidad la convocatoria de una sesión extraordinaria del Pleno. Lo que regulan el artículo 21.1.c) de la LBRL y el artículo 46.2.a) de la LBRL es una forma de gobierno tendencialmente cerrada: el Alcalde acapara la iniciativa de acuerdos ante el Pleno; y esa iniciativa tiene una corrección tasada con la posibilidad de algunas iniciativas de los concejales. Ésta es la forma de gobierno local que rige en Barcelona, en la medida en que la disposición adicional 6.3 de la LBRL no ha autorizado que una ley catalana (menos aún el ROMB) altere la forma de gobierno municipal. En suma, carece de justificación legal, en la LBRL, que los concejales dupliquen su poder de iniciativa en relación con el Alcalde, más allá del poder de exigencia de sesiones extraordinarias del Consejo Municipal previsto en el artículo 46.2.a) de la LBRL. Vista la posible disconformidad entre el ROMB y la forma de gobierno municipal de la LBRL, se puede proponer una interpretación de los artículos 54.2 y 55.1 del ROMB que evite todo posible reproche de ilegalidad sobre el Reglamento orgánico. Se trata de proyectar sobre las “proposiciones” y “mociones” de los concejales (y sus grupos municipales) las exigencias del artículo 46.2.a) de la LBRL. Resultaría de ello que los concejales de Barcelona (coaligados al menos diez en cada ocasión) podrían exigir opcionalmente: bien la convocatoria de una sesión extraordinaria del Consejo Municipal (en pleno o en comisión), bien la inclusión de un asunto “extraordinario” en el orden del día de una sesión ordinaria del Consejo. Y cada concejal no podría suscribir más de tres iniciativas, de cualquiera de las dos formas, en cada año. Sólo en estos casos el Alcalde (o Presidente de comisión) actuaría de forma reglada ante las iniciativas de los concejales. Esto no impide, claro es, que los concejales (en número inferior a diez y en más de tres ocasiones por año) puedan presentar otras proposiciones o mociones al Alcalde; estas iniciativas estarían también amparadas en los artículos 54.2 y 55.1 del ROMB, pero su seguimiento ya no sería obligatorio para el Alcalde (o presidente de comisión).

4.2.2. Aprobación final del Consejo Municipal

39. Tras el ejercicio de la iniciativa, en los términos que se acaban de exponer, el Consejo Municipal es competente para adoptar la resolución administrativa definitiva, que pone fin al previo procedimiento administrativo. Al Consejo le corresponde “aprobar” la propuesta de acuerdo que, de forma ordinaria, proviene del Alcalde o de la Comisión de Gobierno. Conforme a los términos del ROMB, al Consejo Municipal les corresponde, entre otras tareas, “autorizar” y “adjudicar” determinados contratos a partir de cierta cuantía (15.025.302,61 euros), así como los

de duración plurianual (artículo 30.2, 18, 19 y 20 del ROMB); también corresponde al Consejo Municipal “aprobar” y “concertar” ciertas operaciones de crédito, asimismo con determinados límites referidos a su cuantía en función de su naturaleza (artículo 30.2.26 del ROMB). En todos estos casos, el acto administrativo del Consejo Municipal consiste en la aprobación –o rechazo– de una propuesta formulada por otro órgano municipal (Alcalde o Comisión de Gobierno). Este poder de “aprobación” del Consejo Municipal –en las materias administrativas a las que venimos haciendo referencia– no expresa libre discrecionalidad política, como sí podría predicarse en relación con las funciones normativa, presupuestaria y programadora del propio Consejo. *El Consejo Municipal no es absolutamente libre para aprobar o rechazar la propuesta de resolución administrativa formulada por el ejecutivo municipal, ni para modificarla libremente.* Varios son los argumentos que apoyan esta afirmación.

a) En primer lugar, ya se ha insistido en que la regulación del Consejo Municipal en la CMB y en el ROMB no puede alterar la relación funcional entre el Alcalde y el Pleno, tal y como viene definida en la LBRL (*supra* § 7 y ss.). La disposición adicional 6.3 de la LBRL no autoriza la creación de una “forma de gobierno” alternativa para Barcelona. En este sentido hay que insistir en la especial posición funcional del Alcalde en relación con el Consejo Municipal, del que es Presidente. El Alcalde dispone de un poder de iniciativa ante el Consejo, conforme al artículo 21.1.a) de la LBRL, que no es sustituible por sus miembros o por los grupos municipales. De ahí cabe colegir que la competencia del Consejo para aprobar o rechazar una propuesta de acuerdo (presentada por el Alcalde o la Comisión del Gobierno) no incluye en todo caso el poder de modificación de esa propuesta. Pues, en otro caso, el Consejo Municipal sustituiría al Ejecutivo municipal en su poder de iniciativa.

b) En segundo lugar, hay que tener muy presente que los actos administrativos dictados por el Consejo Municipal han de ser conformes a las *exigencias formales de la LRJ-PAC*. En este sentido, el artículo 53.1 de la LRJ-PAC establece que los actos administrativos se producirán “ajustándose al procedimiento establecido”. Este precepto básico exige no sólo que haya existido un procedimiento administrativo previo, sino que *el acto administrativo final resulte precisamente de ese procedimiento administrativo*; que haya una conexión estrecha entre la tramitación procedimental y la resolución definitiva. Con este punto de partida puede afirmarse que *el Consejo Municipal no siempre puede modificar la propuesta de acuerdo que le somete el Alcalde o la Comisión de Gobierno.* En la medida en que la propuesta gubernativa ha

seguido una determinada tramitación (un procedimiento administrativo) resultaría contrario al artículo 53.1 de la LRJ-PAC que el Consejo Municipal adoptase un acuerdo que no guardase correspondencia con lo resultante de dicha tramitación procedimental (informes, alegaciones, prueba). Por eso puede sostenerse que el poder del Consejo Municipal para rechazar una propuesta del Alcalde –o de la Comisión de Gobierno– no incluye de forma implícita la competencia para modificar esa propuesta al margen de lo obrante en el previo procedimiento administrativo. Conforme a lo dicho, el margen decisor del Consejo Municipal se estrecha en proporción directa a la mayor densidad con que está regulado el procedimiento administrativo en cada materia. Por ello, cuando la legislación sectorial establece un elevado número de requisitos procedimentales, con el fin de controlar la corrección y la adecuación de la decisión final, el Consejo Municipal pierde en gran medida la capacidad de apartarse con libertad del resultado de ese procedimiento. O dicho de otro modo, el Consejo Municipal queda vinculado a la propuesta resolutoria que se ha decantado tras una tramitación correcta del procedimiento previsto legalmente.

c) En tercer lugar, la limitación del poder resolutorio del Consejo Municipal puede resultar de la propia *regulación procedimental sectorial*. Así ocurre cuando las normas procedimentales sectoriales imponen que el órgano decisor no se desvincule de las propuestas de trámite resultantes del procedimiento. Es el caso de la vinculación positiva del órgano de contratación respecto de la propuesta de adjudicación formulada por la Mesa de Contratación.

40. De acuerdo con los argumentos anteriores, puede ofrecerse ahora una exposición sistemática sobre el alcance real de la competencia del Consejo Municipal para dictar actos administrativos. En primer lugar, no debe haber dudas en que, *por razones de legalidad*, el Consejo Municipal puede rechazar o enmendar la propuesta de acuerdo formulada por el Ejecutivo municipal. Conforme al artículo 53.1 y 2 de la LRJ-PAC, todo acto administrativo ha de ser conforme con las leyes. En consecuencia, en ningún caso es exigible que el Consejo Municipal apruebe una propuesta que, en su contenido material o en el procedimiento de elaboración, ha infringido el ordenamiento jurídico. Piénsese, como simple ejemplo, en las cesiones de uso de bienes locales a título gratuito, decisión que es siempre competencia del Consejo Municipal (artículo 30.2.24 del ROMB). Para estas cesiones de uso el artículo 211 del Decreto legislativo catalán 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (TRLMRL), establece una serie de requisitos materiales y procedimentales

(acreditación del beneficio a la comunidad, trámite de información pública...). En el caso de que alguno de estos requisitos no haya sido debidamente satisfecho, el Consejo Municipal puede (y aun debe) rechazar la cesión propuesta. Cabe también que el Consejo Municipal enmiende la propuesta, siempre que esa enmienda sea para acomodar la propuesta original al ordenamiento jurídico.

41. En segundo lugar, el Consejo Municipal *sólo puede rechazar llanamente la propuesta de acuerdo cuando las leyes no hayan vinculado el poder resolutorio de aquel órgano*. Esa vinculación se da, por ejemplo, en el régimen general de la contratación administrativa. Conforme al artículo 83.2 del TRLCAP, la adjudicación de un contrato en forma de subasta “se acomodará a la propuesta” formulada por la Mesa de Contratación, salvo casos de infracción legal o bajas temerarias. En estos casos el Consejo Municipal (órgano de contratación en contratos de alta cuantía) no puede rechazar sin más la propuesta de acuerdo proveniente de la Mesa de Contratación e incluida por el Alcalde en el orden del día del Consejo. *El acto administrativo de adjudicación, dictado por el Consejo Municipal, es reglado*. No puede ser ni desestimado ni enmendado por el Consejo Municipal. Fuera de estos supuestos, en los que las normas sectoriales vinculan positivamente la adopción de una resolución administrativa definitiva, puede afirmarse que el Consejo Municipal puede aprobar o rechazar discrecionalmente la propuesta de acuerdo incluida por el Alcalde en el orden del día. Aunque esa facultad de rechazo a la propuesta de acuerdo no implica, como enseguida se explica, el poder de enmendar la propuesta.

42. Puede sostenerse, en tercer lugar, que el Consejo Municipal dispone de una *facultad limitada para enmendar* una propuesta de resolución administrativa. Dos son los límites al poder de modificación del Consejo Municipal: en primer lugar, la prohibición de vaciamiento del poder de iniciativa y dirección gubernativa que corresponde al Alcalde; y en segundo lugar, la imposibilidad de acordar modificaciones que priven de sentido a los trámites procedimentales propios de cada materia o resolución administrativa.

a) Como punto de partida, puede afirmarse que mediante la introducción de modificaciones en la propuesta se sustituye al Ejecutivo municipal en su función de iniciativa ante el Consejo Municipal. Y, con ello, se suplanta al Alcalde en la dirección del gobierno y la administración municipal, función ésta asignada y reservada por la LBRL [artículo 21.1.a)] al Alcalde, frente al Consejo Municipal. Por ello, resulta disconforme con la LBRL toda resolución administrativa del Consejo Municipal en la que el alcance de las modificaciones fuera de tal envergadura que llegara a constituir un *alterius* respecto de la propuesta del

Alcalde o la Comisión de Gobierno. En estos casos la competencia resolutoria del Consejo Municipal se limita al rechazo de la propuesta. Y es el Ejecutivo municipal el que debe valorar la oportunidad de elaborar una nueva propuesta –para adecuarla a los términos del debate en el Consejo– o desistir de ella.

b) En segundo lugar, incluso cuando las modificaciones no alteran sustancialmente el sentido de la propuesta de resolución, *el Consejo Municipal no puede introducir innovaciones que priven de sentido y relevancia jurídica al previo procedimiento administrativo*. De esta manera, allí donde las normas procedimentales sectoriales exigen determinados informes, alegaciones de terceros, o aprobaciones de trámite, el Consejo Municipal sólo puede introducir modificaciones en la propuesta de acuerdo que resulten compatibles con la tramitación procedimental. Veamos varios ejemplos:

aa) Piénsese, en primer lugar, en la competencia del Consejo Municipal para aprobar operaciones de crédito que excedan del diez por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto (artículo 30.2.26 del ROMB). A la aprobación del Consejo Municipal precede un procedimiento administrativo en el que ha de figurar, entre otros trámites, un informe previo de la Intervención, en el que se analice la capacidad del Ayuntamiento para hacer frente a la nueva obligación (artículo 52.2 del Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales: TRLHL). Dado que el preceptivo informe de la Intervención se emite en relación con una determinada cantidad (la inicialmente prevista por el Ejecutivo municipal), la aprobación del Consejo Municipal ya no puede elevar la cuantía del crédito (respecto de la propuesta). Pues en otro caso el crédito se habría aprobado sin el previo informe preceptivo, y por tanto con vicio de nulidad. El Consejo, a lo sumo, podría reducir la cuantía de la operación crediticia, pues este tipo de aprobación enmendada sí quedaría cubierta por el previo informe de la Intervención. Cuestión bien distinta es que, de acuerdo con el otro criterio restrictivo de las enmiendas que se ha expuesto más arriba, *una reducción sustancial de la propuesta sería tanto como sustituir la iniciativa del Alcalde o la Comisión de Gobierno ante el Consejo Municipal*, contradiciendo la “forma de gobierno” municipal expresada en los artículos 21.1.a) y c), y 22.1 de la LBRL.

bb) También en materia de *urbanismo* pueden identificarse límites procedimentales frente a la modificación de una propuesta de acuerdo por el Consejo Municipal. El artículo 83.4 del Decreto legislativo catalán 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo (TRLU), establece que tras la aprobación inicial del planeamiento

derivado procede la apertura de un trámite de información pública. A partir de ese trámite de información pública se introducen las modificaciones oportunas en el plan inicial, que son objeto de aprobación provisional. Finalmente, el proyecto de planeamiento acabado se somete a la aprobación definitiva del Consejo Municipal (artículo 30.2.11 del ROMB). Esa competencia de aprobación definitiva no puede privar de sentido al trámite de información pública, al que se ha acomodado la versión provisional del Plan. Por ello, se debe considerar aquí que *el Consejo Municipal dispone de un margen muy limitado de enmienda sobre el planeamiento derivado ya aprobado provisionalmente*. Porque la posible enmienda habría de ponderar debidamente (como en la fase de aprobación provisional) el resultado del trámite de información pública; sólo de esta manera queda garantizada la integridad jurídica del trámite de información pública urbanística. Algo similar se puede decir, también en materia urbanística, en relación con los *informes preceptivos de otras administraciones públicas*; dichos informes, que han de solicitarse tras la aprobación inicial del planeamiento derivado (artículo 83.3 del TRLU), condicionan el contenido del plan. En ocasiones de forma vinculante, tal y como resulta para la ordenación del litoral de los artículos 10 y siguientes de la Ley estatal 22/1988, de costas. Pues bien, es evidente que también en este caso el Consejo Municipal dispone de un margen muy estrecho para la modificación del plan aprobado provisionalmente por el Alcalde (artículo 21.28 del ROMB). En la medida en que el plan aprobado provisionalmente ya está adaptado a los informes de otras administraciones públicas, el Consejo Municipal apenas si puede alterar el plan en fase de aprobación definitiva, a riesgo de vaciar de contenido el trámite de informe preceptivo y, con ello, incurrir en causa de nulidad.

cc) Un tercer ejemplo lo ofrece el *Derecho de bienes*. De acuerdo con el artículo 210 del TRLMRL, las *permutas de bienes patrimoniales municipales* requieren un previo expediente “en el cual tiene que acreditarse la necesidad o la conveniencia de efectuarla y la equivalencia de valores entre los bienes”. La existencia de este trámite procedimental de informe limita severamente el poder de enmienda del Consejo Municipal, cuando por razón de la cuantía le corresponde aprobar la permuta (artículo 30.23 del ROMB). El Consejo Municipal no podrá alterar la identidad de los bienes permutables, pues el informe técnico al que se refiere el artículo 210 del TRLMRL quedaría vacío de toda relevancia jurídica si el Pleno pudiera sustituir unos bienes por otros. En este caso, por tanto, el Consejo Municipal podrá rechazar la permuta propuesta, pero no sustituir directamente los bienes identificados en el previo procedimiento administrativo.

5. Conclusiones finales

43. El régimen de los actos administrativos dictados por el Consejo Municipal está regulado en el Reglamento orgánico de Barcelona. Pero esta regulación ha de interpretarse de conformidad con varias leyes de aplicación simultánea a los actos administrativos municipales: las leyes generales de procedimiento administrativo, las leyes de régimen local (LBRL y CMB) y las leyes sectoriales. De aquí resulta fundamentalmente que:

a) Los actos administrativos del Consejo Municipal tienen su origen, de ordinario, en un *previo procedimiento administrativo*, cuya iniciación formal es decisión del Alcalde, de la Comisión de Gobierno o de los órganos delegados y desconcentrados del Ayuntamiento. El Consejo Municipal, en su función de “impulso” de la actividad municipal, puede requerir del Alcalde la iniciación de un determinado procedimiento, pero no acordarlo directamente. Y, en todo caso, el requerimiento al Alcalde le vincula sólo en términos políticos, no jurídicos.

b) Tras la tramitación del procedimiento administrativo previo, el traslado del asunto al Consejo Municipal no es automático. Mediante el poder de “iniciativa” el Alcalde (y mediatamente la Comisión de Gobierno) decide sobre la oportunidad de formular al Consejo Municipal una propuesta de resolución, basada en el procedimiento tramitado.

c) El Consejo Municipal no puede sustituir al Alcalde en su poder de “iniciativa”, salvo en los supuestos extraordinarios expresamente establecidos en la LBRL.

d) La decisión del Consejo Municipal sobre la propuesta de acuerdo no es libre: Por un lado, las leyes sectoriales en ocasiones imponen directamente que el Consejo Municipal apruebe la propuesta elaborada por el Alcalde. Por otro lado, el Consejo Municipal no puede enmendar la propuesta de resolución de manera sustancial, pues de esa manera el Consejo ejercería la función de “iniciativa” que la LBRL asigna al Alcalde. Y por último, la resolución final del Consejo Municipal no puede tener alteraciones tales que priven de toda relevancia jurídica al previo procedimiento administrativo: alterar sustancialmente la propuesta del Alcalde, cuando viene antecedida de diversos trámites preceptivos (informes, alegaciones) sería tanto como dictar una resolución administrativa al margen del procedimiento debido. ■

La LCSP y la Administración local

1. Notas introductorias.
 - 1.1. La LCSP y el proceso de unificación normativa.
 - 1.2. Los principios generales de la contratación pública y la Administración local.
 2. Las entidades locales y el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP. Régimen jurídico.
 3. Especialidades orgánicas.
 - 3.1. Reglas para la determinación del órgano de contratación.
 - 3.1.1. Atribución de competencias originarias.
 - 3.1.2. La alteración de la competencia: la delegación.
 - 3.1.3. Autorización para contratar.
 - 3.2. Especialidades sobre la creación de órganos específicamente contractuales.
 - 3.2.1. Las juntas de contratación.
 - 3.2.2. La Mesa de Contratación.
 - 3.2.3. Las centrales de contratación.
 4. Especialidades procedimentales.
 - 4.1. El expediente de contratación.
 - 4.2. La aprobación del gasto.
 - 4.3. Los pliegos de cláusulas administrativas.
 - 4.4. Publicidad de las licitaciones y de las adjudicaciones.
 - 4.4.1. Publicidad de las licitaciones.
 - 4.4.2. Publicidad de las adjudicaciones.
 - 4.5. El procedimiento negociado.
 - 4.5.1. La conversión de un procedimiento excepcional en el procedimiento ordinario: la supresión del límite por razón de la cuantía.
 - 4.5.2. Especial referencia a la urgencia como supuesto habilitante del procedimiento negociado.
 - 4.6. La encomienda de gestión de los expedientes de contratación.
 - 4.7. Las garantías.
 - 4.8. Reglas especiales sobre los proyectos de obras.
 - 4.8.1. La supervisión de proyectos
 - 4.8.2. El fraccionamiento de proyectos de obra.
 5. Especialidades en los contratos de gestión patrimonial.
 6. Especialidades de orden sustantivo en relación con el contrato de gestión de servicios públicos.
 - 6.1. A vueltas con el concepto de servicio público.
 - 6.1.1. El concepto de servicio público en la LBRL.
 - 6.1.2. El contrato de gestión de servicios públicos en la LCSP.
 - 6.2. Las formas de gestión de los servicios públicos.
 - 6.2.1. Las formas de gestión directa.
 - 6.2.2. Las formas de gestión indirecta.
- Notas bibliográficas.

Pedro Luis Martínez Pallarés
Letrado asesor de la Diputación de Zaragoza.
Profesor asociado de Derecho Constitucional

1. Notas introductorias

1.1. La LCSP y el proceso de unificación normativa

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, se enmarca dentro del proceso de unificación de la regulación contractual de las administraciones públicas iniciado por la Ley reguladora de las bases del régimen local, que en su preámbulo precisaba:

“las reglas de la actividad pública y el régimen de los medios personales y materiales [...] han de tener presente la opción constitucional, expresada en el artículo 148.1.18 de la de la CE a favor de una ordenación común, configurándose las inevitables peculiaridades de la Administración local desde ese fondo homogéneo para su integración con el mismo.”

El artículo 88 de la LBRL en lógica coherencia con el espíritu que animaba al legislador básico, se limitaba a establecer las peculiaridades propias de las entidades locales en materia contractual, remitiéndose en bloque a la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en su caso.

Si bien el RDL 781/1986, de 18 de abril, Texto refundido de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, que, a juicio de Climent Barberà, “reproduce prácticamente el contenido de la regulación del texto articulado para la reforma parcial de la Ley de bases de 1975”, incrementaba las peculiaridades del régimen de contratación pública de las entidades locales y el Reglamento de contratación de las entidades locales mantenía en parte su vigencia, el proceso de unificación normativa se confirmó mediante el RDL 931/1986, de 2 de mayo, de adaptación de la Ley de contratos del Estado a las directivas europeas, que dado su carácter de norma básica resultó de directa aplicación al conjunto de las administraciones públicas, derogando prescripciones del TRRL y del RCCL contrarias a sus previsiones.

La Ley 13/1995, de contratos de las administraciones públicas, incluyó dentro de su ámbito subjetivo de aplicación a las entidades que integraban la Administración local, derogó expresamente el RCCL y se limitó a establecer unas escasas peculiaridades respecto de las entidades locales en su disposición adicional novena, todo ello sin perjuicio del desarrollo legislativo que en el ámbito de sus competencias pudiera realizar el legislador autonómico. El RDL 2/2000, de 16 de junio, Texto refundido de la LCAP y el Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento general de la LCAP, ratificaron esta opción del legislador y se limitaron a ampliar levemente las especificidades respecto de la contratación pública de las entidades locales en sus respectivas disposiciones adicionales novenas.

La LCSP mantiene y acentúa la lógica legislativa expuesta, derogando el artículo 88 de la LBRL y gran parte de los artículos del TRRL dedicados a la contratación local a excepción de los artículos 111, 114 y 117, desaprovechando una oportunidad para, sin desdoro de mantener una regulación homogénea para el conjunto del sector público, introducir en el clausulado de su texto articulado las especificidades locales, tal y como aconsejaba el Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo:

“incluir en la legislación sobre contratos las especialidades de la contratación local, no parece que la ubicación más adecuada para ello sea una disposición adicional. Frente a ello cabrían dos posibilidades: o bien se podría incluir una nueva división en la ley que en su rúbrica hiciese referencia a las especialidades de la contratación local y en la que figurase, desglosado en artículos, el contenido de la actual disposición adicional segunda; o bien se podrían ir introduciendo las especialidades de la contratación local al hilo de los distintos aspectos del régimen de la contratación del sector público. En opinión de este Consejo sería preferible la primera opción.”

Y establecer asimismo peculiaridades procedimentales de mayor alcance que tuvieran en cuenta las características organizativas y presupuestarias de nuestras entidades locales.

Por último, la consideración como legislación básica de la disposición adicional segunda de la LCSP en su integridad, en relación con la legislación anterior conlleva la conversión en básicas de ciertas normas contenidas con carácter no básico en el TRRL y que, no obstante su expresa derogación, su texto se ha incorporado al contenido de la mencionada disposición, con la consiguiente incidencia que ello tendrá en el legislador autonómico, al que de manera harto discutible se le reduce su ámbito de actuación.

1.2. Los principios generales de la contratación pública y la Administración local

La LCSP pretende someter los principios generales de la contratación al conjunto de la contratación del sector público. De esta forma, los principios de libertad de acceso a las licitaciones; publicidad y transparencia de los procedimientos; no-discriminación e igualdad de trato; eficiente utilización de los recursos públicos; salvaguarda de la libre competencia y selección de las ofertas económicamente más ventajosas, deben informar todos los contratos que celebren las entidades, entes y organismos que integran lo que se da en denominar “sector público”.

Nos encontramos ante la concreción desde el punto de vista del Derecho estatal de los principios establecidos en las directivas comunitarias sobre

contratos públicos, en particular en las aprobadas durante la década de los 90 y, especialmente, en la Directiva 2004/18/CE.

No obstante, tal y como comprobaremos a lo largo de este trabajo, el mantenimiento de procedimientos de contratación de carácter excepcional, algunos no reconocidos por el Derecho Comunitario como el contrato menor y otros, previstos en la legislación comunitaria pero permitiendo su utilización en supuestos no contemplados en ésta, como es el caso del procedimiento negociado, junto con la elevación de los umbrales que permiten acudir a ellos y la reducción de límites específicos para la Administración local posibilitan que una gran parte de la actividad contractual de las entidades locales españolas pueda huir o mantener una vinculación laxa con los principios que informan la contratación pública.

En este sentido el artículo 122 de la LCSP, que define la figura del contrato menor únicamente por razón de la cuantía, fija en 50.000 euros para los contratos de obras y en 18.000 euros para los restantes contratos los importes que permiten la utilización de este procedimiento, elevando sensiblemente los previstos en la legislación que se deroga, 30.050 euros para el contrato de obras y 12.020 euros para los restantes contratos. Respecto del procedimiento negociado sin publicidad, permite su utilización en los contratos de obras de hasta 200.000 euros, y en los restantes contratos hasta el importe de 60.000 euros, elevándose igualmente los umbrales previstos en la legislación anterior, de 60.101 euros para los contratos de obras, 30.050 euros para los restantes contratos y 48.080 euros en determinados suministros. Por último se establece un nuevo procedimiento negociado con publicidad para los contratos de obras de cuantías entre 200.000 y 1.000.000 de euros y para los restantes contratos entre 60.000 y 100.000 euros.

Las consecuencias de estas modificaciones son evidentes. Dada la peculiar planta municipal rural española, en gran parte de su territorio fuertemente atomizada y dispersa, con unas entidades locales de precaria solidez económica, en las que el grueso de sus contrataciones son de cuantías inferiores a las referidas, la mayor parte de los contratos de las entidades locales van a realizarse o bien mediante contratos menores, o bien mediante procedimientos negociados, principalmente sin publicidad. Considero que se ha desaprovechado una excelente ocasión para crear procedimientos de contratación *ad hoc* para la mayoría de nuestras entidades locales, que, sin obviar la búsqueda de la eficacia y de la economía de la actuación administrativa, ponderase adecuadamente el cumplimiento de los principios generales de la contratación, que tal y como ha reiterado la jurisprudencia comunitaria se extiende a todo tipo de contratos que

celebren los órganos de contratación sujetos a las directivas, estén aquéllos incursos o no en el ámbito de aplicación de éstas.

Por último, destacar que la reducción del estándar normativo de la publicidad y concurrencia que se produce en relación con las entidades locales se acentúa con la no-consideración como administraciones públicas a efectos contractuales de las entidades públicas empresariales locales. Se abre con ello un portillo para que una parte importante de la actividad de los entes locales, que cumpla con los requisitos previstos en el artículo 85.bis de la LBRL y en los artículos 53 a 60 de la LOFAGE, se articule mediante este tipo de entidad instrumental, que va a poder ser considerada como poder adjudicador sin tener la consideración de Administración, o como mero integrante del sector público, con las consecuencias procedimentales que ello supone de conformidad con lo previsto en los artículos 121, 174, 175 y 176 de la LCSP, respectivamente.

2. Las entidades locales y el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP. Régimen jurídico

Inicialmente, en el artículo 3.1 de la LCSP se delimitan de forma amplia los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público y que quedan sometidos a la normativa de contratación pública. Para su determinación se toma como referencia la definición de sector público establecida en el artículo 3.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria, incluyendo una expresa referencia a las universidades públicas y a los reguladores independientes, y estableciendo una cláusula de cierre en la letra h), que no es otra cosa que la definición de organismo de Derecho público establecida en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE.

Encuadradas dentro del sector público figuran las entidades que integran la Administración local, los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales dependientes de aquéllas, y cualesquiera entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculada a un sujeto que pertenezca al sector público, incluidas las entidades locales; los consorcios locales dotados de personalidad jurídica propia; las sociedades mercantiles cuyo capital social esté participado por entidades locales en cuantía superior al 50%; las fundaciones que se constituyan con una aportación directa o indirecta mayoritaria de las entidades locales o cuyo capital fundacional con carácter de permanencia esté formado en más de un 50% por bienes o derechos cedidos por entidades locales; y cualesquiera entes o organismos, entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades

de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público, entre ellos las entidades locales y su entramado institucional, financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia (artículo 3 de la LCSP)

Dentro del sector público se distinguen tres categorías de sujetos, con un diferente grado de vinculación a las determinaciones de la Ley:

1. Administraciones públicas, integradas entre otras por las entidades que integran la Administración local, sean éstas territoriales o no de acuerdo con la terminología del artículo 3 de la LBRL, los organismos autónomos dependientes de éstas y las entidades de Derecho público, vinculadas o dependientes de una o varias administraciones públicas, entre ellas las administraciones locales, que cumplan alternativamente alguna de las siguientes características:

–Su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de renta y de la riqueza nacional, en todo caso, sin ánimo de lucro.

–No se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de la entrega de bienes o prestación de servicios.

Nos encontramos ante una regulación del concepto de Administración pública más amplia que la prevista en el TRLCAP, que en el ámbito local integra a las entidades locales enumeradas en el artículo 3 de la LBRL y en el artículo 2 de la LAL de Aragón, que además incluye a las “comunidades de villa y tierra”. Asimismo comprende a los organismos autónomos locales, y otras entidades de Derecho público dependientes de éstas, a excepción de las entidades públicas empresariales. En este sentido se establece una expresa previsión de no-consideración como Administración pública a las entidades públicas empresariales, y organismos asimilados de las entidades locales.

En relación con los consorcios, deben ser considerados como administraciones públicas, en todo caso en los supuestos integrados únicamente por éstas, tal y como ha sido tradicional en nuestro régimen local, y en los supuestos en que formen parte de los mismos entidades privadas sin ánimo de lucro deberá analizarse su grado de participación y lo dispuesto en sus estatutos reguladores. No obstante, debe recordarse que en la legislación autonómica, como sucede con la legislación aragonesa de régimen local, se configuran en todo caso a los consorcios como entidades públicas, incorporándose en su caso

las entidades privadas a una entidad pública ya constituida. Siendo estas entidades consideradas entidades locales si sus fines persiguen la gestión de servicios de competencia local y la participación de otras administraciones es minoritaria.

En estos supuestos el grado de vinculación a los preceptos, reglas y procedimientos establecidos en la LCSP será íntegro, tanto en relación con los contratos administrativos, sean éstos contratos sometidos o no a contratación armonizada, como con los contratos privados que puedan celebrar las entidades locales.

2. Entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que no tienen la consideración de Administración pública, cuando cumplan los requisitos establecidos en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE para ser considerados como poder adjudicador; hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y estén financiados mayoritariamente, controlada su gestión o nombrados más de la mitad de los miembros de su órgano de administración por uno o varios sujetos del sector público que deban ser considerados poder adjudicador.

Entre estos sujetos se encuadran las entidades públicas empresariales locales, las sociedades mercantiles locales y las de capital mayoritariamente local y las fundaciones públicas participadas mayoritariamente por entidades locales, tal y como se prevé en las letras d) y f) del artículo 3.1 de la LCSP, así como las sociedades mercantiles y fundaciones en que, no cumpliéndose este requisito, el control de la misma corresponda a uno o varios poderes adjudicadores de extracción local.

En idéntica situación se encontrarán las asociaciones constituidas por los mencionados entes, organismos y entidades, entre las que no se encuentran las mancomunidades municipales que se encuadran dentro del concepto de Administración pública y se plantea la posibilidad de encuadrar a la FEMP, y asociaciones representativas de intereses locales similares, en los respectivos ámbitos autonómicos. En este sentido debe recordarse que estas asociaciones ofrecen y prestan servicios, que normalmente previamente han contratado en el mercado, a las entidades locales a ellas asociadas. El apartado 6 de la disposición adicional novena del TRLCAP, que ha sido omitido por la LCSP, tras diversos dictámenes de la JCCA que destacaban el carácter contractual de dichos servicios, expresamente excluía de su ámbito de aplicación “a la prestación de servicios gratuitos que realicen a las entidades locales las asociaciones de las mismas a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local”.

La inclusión en el denominado “sector público”, con la consideración de poder adjudicador, de dichas asociaciones podría tener como finalidad someter a algún tipo de disciplina los procesos selectivos de los proveedores finales de dichos servicios gratuitos, pero a mi entender con la LCSP no se lograría. Con la nueva regulación, tal y como considera Ortega Montoro, dichos servicios gratuitos estarán excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP, que en su artículo 2.1 circunscribe su objeto a los contratos onerosos, por lo que en todo caso, sea un poder adjudicador con carácter de administración o no, los negocios gratuitos quedan fuera de su ámbito de aplicación. Como conclusión, considero que desde un punto de vista teleológico poco aportaría su consideración como poder adjudicador y mucho dificultaría su normal desenvolvimiento.

El grado de vinculación de estas entidades a los procedimientos y reglas establecidas en la LCSP lo podríamos denominar medio. De esta forma, estarán sujetos a las reglas y procedimiento de selección del contratista, en los supuestos de contratos, que en todo caso serán privados, sometidos a regulación armonizada. No obstante, no le serán de aplicación las disposiciones sobre el régimen general de publicación de licitaciones y adjudicaciones, bastando la publicación en el DOUE, cuando corresponda, y la inserción en la plataforma de contratación o sistema equivalente, ni les serán de aplicación las normas relativas a criterios para apreciar el carácter normal o desproporcionado de las ofertas, ni la intervención del comité de expertos para valorar los criterios subjetivos o las relativas a la formalización de los contratos.

En los contratos no sujetos a regulación armonizada deberán dar cumplimiento a los principios que informan la contratación pública. Asimismo, deberán aprobar y observar unas instrucciones que rijan el procedimiento de contratación que garanticen el cumplimiento de los mencionados principios. Éstas deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en el proceso selectivo y publicarse en el perfil del contratante. Si no supera el importe de 50.000 euros, el artículo 175.c) de la LCSP no determina cuáles sean los medios de información que garanticen el principio de publicidad, si bien resultaría lógica, al menos, su inserción en el perfil del contratante, si existiere.

3. Resto de entes, organismos y entidades del sector público local que no tienen consideración de Administración pública ni de poder adjudicador. En la redacción dada por el TRLCAP serían las entidades previstas en la disposición adicional sexta del TRLCAP. Entre esta tipología de entes podemos encuadrar a las EPE locales creadas para la satisfacción de necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil y las sociedades mercantiles de parti-

cipación pública local igual o superior al 50% si se han creado para satisfacer necesidades de interés general de carácter industrial o mercantil. En cambio, no lo estarán las fundaciones privadas de titularidad mayoritariamente local, dada su propia naturaleza jurídica, tal y como se desprende del artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, que las define como “organizaciones sin ánimo de lucro, que por voluntad de sus fundadores, tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”, y del artículo 3 de dicho texto legal, que enumera los fines de las mismas.

En relación con el régimen jurídico de las contrataciones de esta tipología de entes, el grado de vinculación a las reglas y procedimientos de la LCSP lo podemos denominar bajo, siendo escasas las previsiones específicas al respecto. En todo caso, deberán ajustar su actuación en la adjudicación de los contratos a los principios comunitarios, publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no-discriminación, debiendo aprobar para ello unas instrucciones internas, que previo informe jurídico deberán ser publicadas en el perfil del contratante de la entidad. El criterio de adjudicación de los contratos deberá basarse en el de la oferta económicamente más ventajosa.

3. Especialidades orgánicas

3.1. Reglas para la determinación del órgano de contratación

3.1.1. Atribución de competencias originarias

Ha sido tradicional que, con buen criterio sistemático, la legislación de régimen local estableciera las reglas de distribución de atribuciones y competencias en materia contractual entre los distintos órganos de las entidades locales. Así, la LBRL, en sus artículos 21, 22, 33 y 34, al establecer el régimen general de distribución de competencias entre los órganos de municipios y provincias, establecía las reglas de determinación de los órganos de contratación en las entidades locales necesarias. Junto a ello, el artículo 127 del mencionado texto legal desempeñaba idéntico papel respecto de los municipios de gran población.

La Ley de contratos del sector público, con evidente desacuerdo sistemático, rompe con dicha tradición y procede a establecer las reglas para la determinación de los órganos de contratación en municipios y provincias, mediante una disposición adicional (disposición adicional segunda, apartados 1, 2 y 3) y derogando las previsiones que al respecto establecía la LBRL, en los artículos 21.1.ñ) y p), 22.1.n) y o), 33.2.l) y n), 34.2.l) y n), 34.1.k) y m) y 127.1.f) [disposición derogatoria única, b)].

El desconcierto del operador jurídico no avisado es inevitable. Si la proyectada y non nata nueva legislación de régimen local no lo remedia, el bienintencionado operador no encontrará respuesta en la norma de cabecera de nuestro régimen local a su necesidad de identificar el órgano local competente en materia de contratación. No obstante, el contenido sustantivo de las reglas de determinación del órgano de contratación local contenidas en la legislación contractual rezuma continuismo por los cuatro costados.

Corresponden a los alcaldes y presidentes de las entidades locales, se entiende que las necesarias puesto que de las no necesarias su regulación es competencia de la legislación autonómica de régimen local correspondiente, la contratación de obras, suministros, de servicios, de gestión de servicios públicos y contratos administrativos especiales y los contratos privados de duración anual cuando su importe no supere el diez por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, y los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de las anualidades no supere dicho porcentaje, referido a los recursos ordinarios del primer presupuesto, ni la cuantía señalada. En relación con la regulación derogada, destaca que en aquélla se hacía referencia a las contrataciones y concesiones de toda clase, y en la nueva regulación se discrimina en función de la tipología del contrato.

En relación con los contratos de contenido patrimonial, se procede a ampliar, en parte, la competencia del alcalde o presidente atribuyéndole facultades para la adjudicación de concesiones sobre los bienes locales y la adquisición y enajenación de patrimonio cuando su valor no supere el diez por ciento de los recursos ordinarios, ni el importe de tres millones de euros, sin la concurrencia de otros requisitos. En la legislación derogada se requería, en todo caso, que no rebasara dichos límites, siendo necesario en el supuesto de enajenación de inmuebles y de bienes muebles declarados de valor histórico o artístico que se hallara prevista en el presupuesto, no siendo necesario este requisito para los bienes muebles.

Por el contrario, corresponden al Pleno las competencias como órgano de contratación cuando la duración de los contratos enumerados sea plurianual superior a cuatro años, en todo caso, o cuando no siendo superior a cuatro años, su importe acumulado supere el porcentaje del diez por ciento de los recursos ordinarios de la entidad local, referidos a recursos ordinarios del primer presupuesto, o en todo caso supere la cuantía de seis millones de euros. Asimismo, serán competencia del Pleno los restantes contratos no mencionados anteriormente, entre otros la concesión de obra pública y la colaboración

entre sector público y privado, y la adjudicación de concesiones y adquisición y enajenación de patrimonio que no sean competencia del alcalde o presidente y, en todo caso, de los bienes declarados de valor histórico cualquiera que sea su valor.

En los municipios de gran población las competencias serán ejercidas por la Junta del Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo.

La Administración institucional dependiente o vinculada a las entidades locales, organismos autónomos y entidades públicas empresariales, que bien podríamos denominar parafraseando la terminología introducida por la LOFAGE como *organismos públicos locales*, se rige según dispone la LBRL con carácter general por lo dispuesto en los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la LOFAGE, que de esta forma, sin perjuicio de las especialidades que se establecen en la legislación de régimen local, se convierte en legislación básica local. La remisión que dichos preceptos efectúan en materia de contratación a las previsiones contenidas en la legislación de contratos del sector público nos permite afirmar que los órganos de contratación de las mismas, con carácter general, serán los directores o presidentes de los mismos, o aquellos cuyas disposiciones estatutarias determinen.

Si bien nada se dispone al respecto en la nueva legislación contractual, sin perjuicio de lo que pueda disponer la legislación de régimen local que pueda sobrevenir, puede considerarse que la capacidad para contratar de los representantes legales de las sociedades mercantiles con capital mayoritariamente local y las fundaciones del sector público local se regirán por lo dispuesto en los estatutos de estas sociedades y por las normas de Derecho privado que le sean de aplicación en cada caso.

3.1.2. La alteración de la competencia: la delegación

La deficiente técnica legislativa utilizada puede producir ciertas dudas en el operador jurídico respecto de la aplicabilidad de la técnica de la delegación en estos supuestos, tal y como con acierto ha resaltado Romero Hernández.

La LBRL, en sus artículos 21.1.ñ) y p), 22.1.n) y o), 33.2.l) y n), 34.1.k) y m) y 127.1.f), procedía a establecer la atribución de competencias en el seno de las entidades locales necesarias de régimen común y en los municipios de gran población en las materias objeto de nuestro estudio, disponiendo en los artículos 21.3, 22.4, 33.4, 34.2 y 127.2 la posibilidad de alteración de la competencia a favor de otros órganos de la entidad local. Se establecía, no obstante, una excepción en el artículo 22.4 de dicho texto legal a la regla general de la posible delegación en el supuesto de las competencias atribuidas al Pleno que remitía a los supuestos del

artículo 47.2 de la LBRL en los que el acuerdo debiera adoptarse por mayoría absoluta, en materias tales como cesión por cualquier título del aprovechamiento de bienes comunales, concesión de bienes y servicios por más de cinco años y que supere el veinte por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto, enajenación de bienes que excedan del veinte por ciento de los recursos ordinarios y cesión gratuita de bienes a otras administraciones y entes públicos.

A mi entender, con carácter general, la delegación de las competencias continúa siendo posible en los supuestos en que de acuerdo con la anterior regulación podía realizarse. La técnica utilizada en los artículos 21.3, 22.4, 33.4 y 34.2 de la LRBRL, en la que expresamente se determinan las atribuciones que no son susceptibles de delegación, que no ha sido objeto de modificación, nos permite sostener que las restantes competencias atribuidas a los órganos necesarios, ya sea en la legislación básica de régimen local o en cualquier otra ley sectorial o especial, son susceptibles de ser delegadas, incluidas las que nos ocupan en este estudio. Cuestión distinta es la producida con motivo de la derogación del artículo 127.1.f) de la LBRL, puesto que en el apartado segundo de dicho artículo la técnica utilizada era la contraria, se procede a la enumeración de las funciones y atribuciones susceptibles de delegación. El silencio que a este respecto mantiene la disposición adicional II.3 de la LCSP deja fuera a las contrataciones y concesiones de las atribuciones de la Junta de Gobierno Local susceptibles de delegación en los tenientes de alcalde, en los demás miembros de la Junta de Gobierno Local o en los restantes órganos enumerados en el artículo 127.2.

Particular interés suscita la determinación de las facultades contractuales susceptibles de delegación, resaltando que tras la aprobación de la nueva legislación de contratos del sector público no existe, a priori, restricción alguna respecto a las mismas. De esta forma, la aprobación del gasto, que como más adelante observaremos con carácter general se encuentra implícita en la aprobación del expediente de contratación, y que en los municipios de población inferior a 5.000 habitantes se sustituirá por una certificación de existencia de crédito, no se encuentra excluida salvo que el acuerdo de delegación expresamente así lo determine. A nuestro entender, la regla general establecida en el artículo 4 del RGCAP, por la que "la delegación de competencias no conllevará la aprobación del gasto salvo que se incluya de forma expresa", debe considerarse derogada, estableciéndose con ello la regla inversa. Por ello puede afirmarse que el bloque de competencias que supone la atribución general a favor del órgano de contratación de celebrar contratos es susceptible de delegación en su totalidad a favor del órgano delegado.

3.1.3. Autorización para contratar

Tributaria del desorden introducido por el nuevo criterio sistemático del legislador, la legislación básica de régimen local, y no la legislación básica contractual, establece la posibilidad de que la celebración de contratos por parte de los órganos de contratación de los organismos públicos locales, organismos autónomos y entidades públicas empresariales, sean objeto de autorización por parte de la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local matriz, si superan las cuantías que previamente se hayan determinado por aquéllas.

Nuevamente la deficiente sistemática del legislador, en este caso imputable a la mejorable regulación de los organismos públicos locales realizada por la Ley 57/2003, de 26 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, introduce la confusión. Y ello porque la mimética traslación de la regulación de la LOFAGE al régimen local realizada por la LMMGL obvia que en las entidades locales, quien podrá autorizar o no, en su caso, la contratación a efectuar por los organismos públicos locales es quien tiene la competencia originaria para contratar, el alcalde o presidente y el Pleno, y no las concejalías, áreas u órganos similares, en las entidades locales de régimen común y la Junta de Gobierno Local, en los municipios de gran población.

3.2. Especialidades sobre la creación de órganos específicamente contractuales

3.2.1. Las juntas de contratación

La Ley de contratos del sector público, tal y como ya preveía la disposición adicional 9 del TRLCAP, faculta a las entidades locales para que con carácter potestativo creen juntas de contratación, que actuarán como órganos de contratación, determinando que su ámbito de actuación como máximo se extenderá a los contratos de obras que tengan por objeto trabajos de reparación simple, de conservación y mantenimiento; a los contratos de suministro que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso, y en los contratos de servicios cuando su importe no supere el diez por ciento de los recursos ordinarios de la entidad, o cuando superando este importe dichas actuaciones estén previstas en el presupuesto del ejercicio a que correspondan y se realicen de acuerdo con lo dispuesto en las bases de ejecución de éste.

Los límites expuestos tienen un carácter de máximos, de forma que el acuerdo de creación de la Junta de Contratación puede establecer unos límites cualitativos y cuantitativos menores en cada tipología de contratos, pudiendo determinar qué tipo de contratos de los descritos serán competencia de la Junta y

dentro de cada tipo de contrato la cuantía de éstos, nunca superior a la descrita.

En términos generales observamos una clara coincidencia entre los contratos en los que las juntas de contratación pueden actuar como órganos de contratación en el ámbito de la Administración General del Estado y de las entidades locales, si bien en relación con los contratos de servicios el ámbito de actuación de aquéllas en las entidades locales es menor, puesto que en la Administración estatal no existe a priori limitación cuantitativa alguna.

La competencia para acordar su constitución y determinar su composición le corresponde, en todo caso, al Pleno de la entidad local. Los contratos y los límites cuantitativos de éstos en los que las juntas de contratación actuarán como órgano de contratación, en las entidades locales de régimen común, serán igualmente determinados por el órgano plenario, si bien dicho acuerdo se adoptará a propuesta del alcalde o presidente cuando éstos sean los órganos que tengan atribuida la competencia sobre los mismos. En los municipios de gran población esta facultad le corresponderá, en todo caso, a la Junta de Gobierno Local, puesto que en esta tipología de municipio es el órgano de contratación por excelencia. Con ello se pretende coherenciar las reglas sobre atribución de competencias y su régimen de alteración, con el principio por el que corresponde al Pleno de la entidad local aprobar la organización complementaria local.

Respecto de su composición, ya hemos hecho referencia a que su determinación es una atribución que le corresponde realizar al Pleno, debiendo formar parte necesariamente de la Junta de Contratación el secretario de la entidad local o el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la corporación, y el interventor de la misma.

La intervención de la Junta de Contratación, en cuanto que órgano colegiado especializado de contratación, conllevará en todo caso prescindir de la intervención de la Mesa de Contratación.

3.2.2. La Mesa de Contratación

El apartado 10 de la disposición adicional II de la LCSP establece una novedad frente a la tradicional previsión de la legislación contractual local por la que, en todo caso, la presidencia de la Mesa de Contratación correspondía al alcalde o presidente de la entidad local o miembro de la corporación en quien delegara.

La nueva regulación prevé que la presidencia pueda recaer tanto en un miembro de la corporación como en un funcionario al servicio de ésta. El principio general por el que todos los órganos de la entidad local deben ser convocados y presididos por el presidente de la entidad local, que tradicionalmente consagraba la legislación de régimen local, se vio

modulado mediante la reforma de la LRBRL realizada a través de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, condicionando la presidencia de determinados órganos a su expreso establecimiento en norma legal o reglamentaria, con lo que sólo la presidencia de los órganos necesarios y de las comisiones informativas integran el núcleo de atribuciones que caracterizan la posición del alcalde, tal y como se desprende de la STS de 24 de septiembre de 2007.

Coherentemente con ello, la LCSP establece la posibilidad de que el presidente de la Mesa de Contratación lo sea tanto un miembro de la entidad local, sin determinar que necesariamente lo sea el presidente, como que lo sea un funcionario de la misma. Junto a ello se reitera la previsión realizada en el TRLCAP por la que el secretario, o el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el interventor serán miembros necesarios de la Mesa de Contratación, en calidad de vocales. El resto de los vocales serán designados entre personal funcionario de carrera, personal laboral, todos ellos al servicio de la corporación o miembros electos de la misma. Actuará como secretario un funcionario de la corporación. En todo caso, el número mínimo de miembros de la Mesa será de tres.

Debe recordarse el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa número 17/2000, de 6 de julio, que considera que la condición de miembro de la Mesa de Contratación es indelegable salvo en el supuesto de presidente de la corporación, por lo que con las nuevas previsiones normativas, en todo caso, deberá preverse la existencia de presidente y vocales titulares y suplentes debidamente identificados o identificables.

Una novedad destacada consiste en la posible integración en la Mesa de Contratación de las entidades locales municipales, de personal al servicio de las correspondientes diputaciones provinciales o comunidades autónomas uniprovinciales, resaltando con ello, junto con otras previsiones que analizaremos a continuación, las funciones de asistencia a los municipios que la legislación de régimen local atribuye a la provincia.

3.2.3. Las centrales de contratación

En la Directiva 2004/18/CE, ante la importancia que ha adquirido en algunos estados miembros este tipo de técnica, se procede a establecer una definición comunitaria de central de compra al servicio de los poderes adjudicadores, considerándola como un poder adjudicador que adquiere suministros y/o servicios destinados a poderes adjudicadores y/o que adjudica contratos públicos o celebra acuerdos marco de obras, suministros o servicios destinados a poderes adjudicadores. Las entidades del sector

público van a poder centralizar, a través de ellas, la contratación de obras, servicios y suministros atribuyéndola a servicios especializados. Mediante esta técnica se va a producir una alteración de la titularidad de la competencia de los órganos de contratación, excepcionando el régimen general de competencias en materia de contratación administrativa, de manera que la contratación de las obras, servicios o suministros que se opte por centralizar va a recaer sobre los servicios especializados que se creen al efecto.

La nueva Ley de contratos del sector público acoge sin reservas la definición comunitaria, en el artículo 187, denominándola con mayor acierto dado su ámbito objetivo de actuación como centrales de contratación, y caracterizando a los beneficiarios de sus adquisiciones y contratos o acuerdos marco como órganos de contratación, término más adecuado que el mencionado de poder adjudicador, puesto que éste es la personificación jurídica que adjudica un contrato al estar comprendida dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la legislación de contratación pública, y órgano de contratación es el órgano de la misma con competencia y capacidad para manifestar la voluntad de aquél.

El ámbito objetivo de utilización de esta técnica comprende, tal y como ya hemos visto, la contratación de obras, servicios y suministros, pudiendo los órganos especializados que puedan crearse, denominados *centrales de contratación*, adquirir suministros y servicios para otros órganos de contratación o adjudicar contratos o celebrar acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios destinados a aquéllos.

El sistema se basa en concentrar en un solo órgano la contratación, que inicialmente se encuentra dispersa y fraccionada en los diversos órganos de contratación con competencia para ello que integran la estructura de las diferentes administraciones, consistiendo tanto en contratar centralizadamente los bienes o servicios por dicho órgano para el conjunto de la Administración como en homologar los bienes, obras o servicios, sus precios máximos y las empresas seleccionadas, sometiéndose las contrataciones posteriores que puedan realizarse a dichas condiciones.

En este último supuesto, el procedimiento habitualmente establecido para ello consiste en tres fases diferenciadas: una primera fase en la que se declara necesaria la normalización o uniformidad de determinados bienes para su utilización común por la Administración, una segunda fase de selección de los tipos de bienes a adquirir y servicios a contratar y una tercera fase de concreción de la adquisición (Coscolluela Montaner). En todo caso, la efectiva materialización de este procedimiento debe respetar las

directivas comunitarias, y en particular los principios de no-discriminación e igualdad de trato que las informan.

En relación con la Administración local, se pretende tanto facilitar que las entidades locales puedan beneficiarse de condiciones económicas en la contratación que por sí solas, individualmente consideradas, difícilmente podrían obtener, como posibilitar que la gestión jurídico-administrativa que toda contratación conlleva se realice adecuadamente y con el menor gravamen posible para ellas. El principio que informa toda esta posibilidad de actuación es la libre decisión de las entidades locales provinciales, respecto de la creación de centrales de contratación, y la libertad de incorporación a los sistemas centralizados constituidos por otras administraciones públicas, por parte del conjunto de las entidades locales.

Destaca en primer lugar la previsión por la que las diputaciones provinciales podrán proceder a la creación de centrales de contratación, por acuerdo adoptado por el Pleno de la corporación, que podrán asumir y ejercer las competencias de los órganos de contratación de los municipios con población inferior a 5.000 habitantes en relación con la adquisición de suministros y servicios y la contratación o celebración de acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios. Tanto la creación de las centrales de contratación por las corporaciones provinciales como la asunción por éstas de las competencias contractuales de los municipios descritos es potestativa, articulándose esta última posibilidad a través de un acuerdo entre las entidades locales implicadas. En todo caso, su previsión coincide con las preocupaciones manifestadas al respecto tanto por el informe de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública como el *Libro blanco para la reforma del gobierno local*, que destacaron, dadas las características de nuestra planta municipal, la insuficiencia en gran parte de las entidades locales de personal cualificado para afrontar las exigencias jurídico-formales de la aplicación y gestión de la normativa de contratación pública.

Asimismo se prevé, en este supuesto sin límite alguno en relación con el número de habitantes de las respectivas entidades locales, que cualesquiera de ellas, así como los organismos autónomos y entidades públicas dependientes de las mismas, puedan adherirse al sistema centralizado de contratación del ámbito estatal, pudiendo adherirse en relación con todos los suministros, obras y servicios previstos en el mismo o sólo para determinadas categorías de ellos. En todo caso, si se optare por esta adhesión, será necesario formalizar un convenio con la Dirección General de Patrimonio del Estado, en su condición de central de contratación única del ámbito estatal.

Idéntica previsión se realiza respecto de la posible adhesión a los sistemas de contratación centralizada que puedan constituir las comunidades autónomas, se sobreentiende aunque nada se diga al efecto que la propia del ámbito territorial en el que se ubique la entidad local, correspondiendo a la legislación autonómica la determinación del alcance de la misma, ya sea para la totalidad de los suministros, obras y servicios que éste contrate o sólo a determinadas tipologías de los mismos. La cooperación con otras entidades locales, tal y como hemos reseñado con anterioridad, se prevé expresamente mediante la posibilidad de que los municipios de población inferior a 5.000 habitantes se incorporen a los sistemas centralizados de contratación que pudieran constituir las diputaciones provinciales, pudiendo ser beneficiarias asimismo de dicha técnica, mediante el correspondiente acuerdo con la corporación provincial, los municipios de población superior y otras entidades locales, si a sus intereses conviniere.

4. Especialidades procedimentales

4.1. El expediente de contratación

Con carácter general, el artículo 22 de la LCSP dispone para el conjunto de entes, organismos y entidades que integran el sector público, entre ellos los de naturaleza local, que en la documentación preparatoria de los contratos deberá acreditarse la naturaleza, extensión y necesidades que pretenden satisfacerse con el mismo y la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.

En el seno de las administraciones públicas, de conformidad con el artículo 93.1 de la LCSP, la celebración de los contratos exige la previa tramitación de un expediente administrativo, que se iniciará por el órgano de contratación justificando la necesidad del contrato. De forma somera enumeramos los documentos administrativos que de conformidad con el artículo 93.3 y 4 de la LCSP, en todo caso, deben integrar el expediente de contratación: acuerdo de inicio; pliego de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas o documento descriptivo en el supuesto de diálogo competitivo; certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, y la fiscalización previa de intervención, si bien su exigencia no tiene naturaleza de norma básica, así como la justificación del procedimiento de selección del contratista elegido y de los criterios de adjudicación del contrato que se establezcan. En los denominados contratos menores, el contenido del expediente se reduce al mínimo, lo que no supone la inexistencia de expediente administrativo como algunas voces

han interpretado, exigiéndose únicamente con carácter general la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente, y en el supuesto de contrato menor de obra la incorporación de un presupuesto y, en su caso, de un proyecto cuando normas específicas así lo exijan.

El expediente, una vez tramitado, debe ser aprobado por el órgano de contratación mediante una resolución motivada, que tiene una finalidad habilitadora, permitir abrir el expediente de adjudicación, y que con carácter general conlleva la denominada *aprobación del gasto*. Nada nuevo añade al respecto la disposición adicional II, párrafo 7, de la LCSP, que se limita a reiterar esta regla en el seno de las entidades locales, si bien su específica redacción para ser cabalmente entendida ha de ser puesta en relación con la derogación del artículo 113 del TRRL, regulador de prescripciones de tenor similar, que lleva a cabo la disposición derogatoria única, letra c).

Con carácter general se adecúa a la realidad organizativa de las entidades locales la emisión de los informes jurídicos y de fiscalización previstos en el seno de la legislación contractual, de forma que la emisión de aquéllos se realizará por el secretario o titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico y éstos por el interventor de la entidad local. Una vez más, esta expresa previsión en el articulado de la LCSP se justifica en la derogación del artículo 113 del TRRL, que en sus apartados 4 y 5 contenía una disposición de similar tenor.

4.2. La aprobación del gasto

Ya hemos reseñado que con carácter general, la aprobación del expediente conlleva la aprobación del gasto, correspondiéndole ambas atribuciones al órgano de contratación, salvo en los supuestos excepcionales en que el presupuesto no haya podido ser determinado previamente por la Administración o que se haya producido la alteración de la competencia mediante las técnicas de la desconcentración o de la delegación.

En los municipios de población inferior a 5.000 habitantes la aprobación del gasto será sustituida por una certificación de existencia de crédito que se expedirá por el secretario interventor, o por el interventor en su caso (disposición adicional II.7). Esta sustitución tiene una particular transcendencia en los supuestos de los denominados *contratos menores*, que tal y como hemos visto anteriormente, con carácter general exigen como actuaciones preparatorias únicamente la aprobación del gasto y la incorporación de la factura, dándose con ello la posibilidad de que ningún órgano político participe en la adopción de los acuerdos esenciales de la contratación,

circunstancia que contraviene la necesaria adopción de los acuerdos por los órganos que tienen competencia para contratar.

4.3. Los pliegos de cláusulas administrativas

Tal y como con carácter general previene el artículo 99 de la LCSP, los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse por el órgano de contratación previamente a la autorización del gasto o conjuntamente, siempre antes de su licitación o de su adjudicación provisional. La disposición adicional II.7 de la LCSP especifica que la exigencia establecida en el artículo 99.6 de la LCSP, para la Administración del Estado y su entramado instrumental, que por ello carece de naturaleza básica, de emisión de un informe jurídico previo a la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en el seno de las entidades locales se atribuye al secretario de la corporación o al titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de aquélla. Junto a ello se establece la emisión de un informe del interventor, que no se contempla en las previsiones relativas a la Administración del Estado y su entramado instrumental, que a mi entender consistirá en el informe de fiscalización previa, que conlleva la intervención crítica de todo documento susceptible de producir derechos, que si bien se relaciona en el artículo 93.3 como parte integrante del expediente, su regulación no tiene naturaleza básica.

Tras la aprobación del TRLCAP, se suscitó una cierta controversia sobre la exigencia o no de exposición pública de los pliegos de condiciones administrativas particulares aprobados por las entidades locales, y en particular sobre la vigencia del artículo 122 del TRRL, que se incrementó con motivo de la redacción de la disposición adicional novena, 3, del Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre. En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de febrero de 1999 consideró vigente dicho precepto al afirmar:

“el que la LCAP no contenga régimen alguno relativo a la publicidad de los pliegos de condiciones no supone que la prohíba o impida, y en el ámbito de la contratación local subsisten y han de entenderse vigentes los preceptos que la exigen: ante todo está la norma del TRRL, que establece un plazo de exposición al público de ocho días hábiles dentro del cual pueden presentarse reclamaciones para que sean resueltas por la corporación.”

El Tribunal Supremo, en STS de 22 de junio de 2004, confirmó dicha opinión afirmando:

“En primer lugar, ha de considerarse el régimen local, puesto que, de acuerdo con la Ley de bases de régimen 7/1985, está vigente una específica regulación de la contratación local, contenida en el Texto

refundido de régimen local y Reglamento de servicios de las corporaciones locales.”

Por su parte, la Junta de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, en el informe 20/2006, de 20 de junio, ratificándose en el criterio que contenía su informe de 6 de julio de 2000, consideró:

“desde el punto de vista de la legislación estatal, no resulta aplicable el requisito de exposición al público de pliegos y anuncios de contratos en el ámbito de la contratación de las entidades locales, al deber considerarse derogado tácitamente el artículo 122 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local por la disposición derogatoria única de la Ley de contratos de las administraciones públicas por oponerse el primero a la regulación de publicidad de contratos contenida en la misma.”

La expresa derogación del artículo 122 del TRRL, entre otros, efectuada por la disposición derogatoria única, apartado c), de la LCSP zanja la cuestión, por lo que no será exigible un régimen de publicidad específica de los pliegos de cláusulas administrativas particulares aprobados por las entidades locales distinto del establecido con carácter básico en el artículo 99, relativo a los pliegos, 125, relativo al anuncio previo, y 126 de la LCSP, relativo a la convocatoria de licitaciones.

4.4. Publicidad de las licitaciones y de las adjudicaciones

4.4.1. Publicidad de las licitaciones

Como es habitual en la economía de la LCSP, la publicidad de las licitaciones que efectúen las entidades locales va a depender de las características del contrato que se convoca. Si se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada deberá publicarse preceptivamente en el BOE y en el DOUE, tal y como establece el artículo 126.1 de la LCSP, pudiendo publicarse en otra tipología de boletín oficial pero sin tener carácter sustitutorio de aquélla.

Si el contrato no se halla sujeto a regulación armonizada, el anuncio puede publicarse opcionalmente en el *Boletín Oficial del Estado* o sustituirse su publicación por la que se realice en los boletines oficiales autonómicos, en los supuestos de comunidades autónomas uniprovinciales, o en los boletines oficiales provinciales, en las restantes supuestos. Asimismo, con carácter potestativo puede efectuarse su publicación en el DOUE.

La publicidad de la licitación también se efectuará, en su caso, a través del perfil del contratante. En los procedimientos negociados con publicidad para la contratación de suministros o de servicios, no sujetos a regulación armonizada, o de gestión de servicios públicos o en los restantes contratos de las administraciones públicas, de cuantía todos ellos superior a 60.000 euros o 200.000 euros cuando se trate de contra-

tos de obras, la publicación del anuncio en el *Boletín Oficial del Estado* o boletín oficial autonómico o provincial puede ser sustituida por la publicidad del perfil del contratante.

4.4.2. Publicidad de las adjudicaciones

Las reglas de información a los candidatos y a los licitadores establecidas con carácter básico en el artículo 137 de la LCSP son de directa aplicación en el seno de las entidades locales.

El artículo 138.2 de la LCSP, de carácter básico, establece la obligación de publicar las adjudicaciones definitivas de los contratos de cuantías iguales o superiores a 100.000 euros o en los contratos de gestión de servicios públicos cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea igual o superior a dicha cantidad o su plazo de duración exceda de cinco años, en un plazo no superior a 48 días, en el BOE, o en el caso de las entidades locales optativamente en los boletines oficiales provinciales. Se publicará igualmente en perfil del contratante si la cuantía excede de 50.000 euros en los contratos de obras y de 18.000 euros en los demás contratos.

Si el contrato se encuentra sujeto a regulación armonizada, deberá publicarse la adjudicación, en todo caso, en el *Boletín Oficial del Estado* y en el DOUE. En los supuestos de contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del anexo II de la Ley, de cuantía igual o superior a 211.000 euros, el órgano de contratación habrá de comunicar la adjudicación definitiva a la Comisión Europea, indicando si estima procedente su publicación.

4.5. El procedimiento negociado

4.5.1. La conversión de un procedimiento excepcional en el procedimiento ordinario: la supresión del límite por razón de la cuantía

La LCSP, en su artículo 1, proclama específicamente el sometimiento de la contratación del sector público a los principios generales de la contratación: libertad de acceso a las licitaciones; publicidad y transparencia de los procedimientos; no-discriminación e igualdad de trato, y el novedoso de eficiencia en la utilización de los recursos públicos.

Nos encontramos ante la concreción desde el punto de vista del Derecho estatal de los principios establecidos en las directivas comunitarias sobre contratos públicos, en particular en las aprobadas durante la década de los 90 y, especialmente, en la Directiva 2004/18/CE. No debe olvidarse que los principios son normas jurídicas, que manifiestan el sentido y la finalidad misma del ordenamiento.

No obstante, tal y como ha resaltado Moreno Molina, "se mantiene un serio riesgo de huida de los

mismos por el mantenimiento de procedimientos de contratación de carácter excepcional e incluso la fuerte elevación de los umbrales que permiten acudir a ellos". En este sentido, como ya hemos mencionado al inicio de estas líneas, destacan los artículos 155.d), 156.b), 157.f), 158.e) y 159 de la LCSP, que elevan sustancialmente los umbrales que permiten la utilización del procedimiento negociado, ya sea con publicidad –1.000.000 de euros en el contrato de obras, 500.000 euros en gastos de primer establecimiento y plazo de duración inferior a cinco años en el contrato de servicios públicos, y 100.000 euros en el resto de contratos–, ya sea sin publicidad –200.000 euros en el contrato de obras y 60.000 euros en los restantes contratos.

Esta circunstancia se va a ver fuertemente incrementada en el ámbito de las entidades locales como consecuencia de la derogación del artículo 88 de la LBRL que efectúa la disposición derogatoria única, letra b). El apartado 3 del mencionado precepto establecía, junto con los límites generales previstos para la denominada en aquel momento "contratación directa", un límite específico fijado en el diez por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto de las entidades locales, que excluía la utilización de dicho procedimiento. Al mencionado aumento de los umbrales económicos generales debe unirse la desaparición de ese límite específico, que inevitablemente va a suponer que en el seno de la mayoría de nuestras entidades locales el procedimiento negociado pase a ser, no ya un procedimiento habitual de contratación, sino el procedimiento de contratación por antonomasia. Como acertadamente afirma Carbonero Gallardo, "en las pequeñas entidades (que son, recordemos, la gran mayoría en España) con estas cuantías no se volverá a efectuar una licitación pública en mucho tiempo".

4.5.2. Especial referencia a la urgencia como supuesto habilitante del procedimiento negociado

El artículo 154.e) de la LCSP establece como uno de los supuestos que habilita a las administraciones públicas para la utilización del procedimiento negociado la concurrencia de una imperiosa urgencia, que modula el régimen común de selección de contratistas permitiendo la utilización del procedimiento negociado sin publicidad. En este supuesto la urgencia, que se caracteriza como imperiosa, debe dimanar de "acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo", circunstancias éstas más restrictivas que las que se exigen para la declaración de urgencia de la tramitación del expediente de contratación, que fueron resaltadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 18 de marzo de 1992 (Universidad Complutense de Madrid), que conside-

ró que no concurría el presupuesto material de la urgencia por no existir imprevisibilidad para el órgano de contratación ni inimputabilidad del poder adjudicador, al afirmar “que los problemas de falta de capacidad de la Universidad no eran imprevisibles para el Rectorado”, distinguiendo con ello entre los conceptos “imprevisible” e “imprevisión”.

Asimismo, y con carácter acumulativo, se exige que la finalidad que se propone no pueda alcanzarse mediante la utilización del procedimiento de urgencia, resaltándose con ello, tal y como afirman Moreno Molina y Pleite Guadamillas, el carácter subsidiario y de necesaria interpretación restrictiva de este supuesto respecto de la tramitación urgente. En este sentido, la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ratifica esta perspectiva en sendos pronunciamientos. Así, la STS de 25 de octubre de 1999 (EDJ 1999/40587), en relación con la apertura de un procedimiento de adjudicación por contratación directa por motivos de urgencia respecto a varias obras de acondicionamiento de carretera y caminos en Burgos, afirma que “en este caso no existió procedimiento o expediente alguno propiamente dicho encaminado a declarar la urgencia en la adjudicación del contrato [...] la Diputación basó la urgencia no en que el estado del firme supusiera un peligro para la circulación, sino en que las obras tenían que estar terminadas antes del 30 de septiembre, según lo ordenado por el Ministerio de Administraciones Públicas”. E igualmente la STS de 16 de octubre de 2000 (ED 2000/3417) con suficiente nitidez considera que la justificación para acordar la contratación directa es requisito esencial y que “esta justificación debe alcanzar al extremo de que las necesidades apremiantes de verificar el contrato no pueden lograrse por medio de la tramitación urgente [...]. Es pues indispensable que se justifique que, acudiendo a la indicada tramitación urgente, no es posible satisfacer las necesidades apremiantes que obligan la inmediata tramitación”.

La disposición adicional II, apartado 9, de la LCSP va a exigir la incorporación al expediente, se sobreentiende que con carácter previo a la adopción de la decisión procedimental, de un informe del secretario, u órgano que ejerza la función de asesoramiento jurídico, y del interventor justificando la concurrencia del supuesto habilitante. Dada la evidente concurrencia de conceptos jurídicos indeterminados en la definición de las circunstancias justificativas de este supuesto de utilización del procedimiento negociado, y dado el carácter inicialmente excepcional de este procedimiento contractual, la reiteración de estas exigencias, aparentemente novedosas pero que ya figuraban en cierto modo en el derogado artículo 120.1 y 2 del TRRL, parecen cargadas de sentido y oportunidad. En todo caso puede adivinarse un mayor grado de concreción

en el contenido de los informes previos que deben emitirse, “sobre justificación de la causa de urgencia apreciada”, que si bien podía considerarse implícito en la anterior regulación se determina expresamente en esta ocasión por el legislador.

Coincidimos, no obstante, con Carbonero Gallardo en resaltar la paradójica situación creada por una regulación que, por un lado, pretende reforzar las garantías para una correcta justificación de la urgencia como circunstancia habilitante del procedimiento negociado y, por otro, transforma de hecho un procedimiento extraordinario en el procedimiento ordinario de contratación.

4.6. La encomienda de gestión de los expedientes de contratación

Las labores de cooperación y asistencia han sido definitivas de la caracterización normativa dada por el legislador básico de régimen local a las diputaciones provinciales. La legislación de desarrollo aprobada por las distintas comunidades autónomas ha respetado, como no podía ser de otra forma dado el carácter básico de la regulación estatal, dicha configuración, si bien en algunos casos se han atribuido funciones de cooperación local a otras entidades locales de nueva creación, como la comarca, en régimen de concurrencia con las diputaciones provinciales.

El apartado 5 de la disposición adicional segunda de la LCSP, haciéndose eco de las sugerencias y conclusiones adoptadas por la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, ha apostado por reforzar esta labor de cooperación de las entidades provinciales, en particular con los municipios de pequeña población en el ámbito de la contratación pública. A la posible conversión de las diputaciones en centrales de contratación de los municipios de población inferior a 5.000 habitantes, a lo que ya hemos hecho referencia anteriormente, se une la previsión de que dicha tipología de municipios mediante convenio de colaboración encomienden la gestión de los procedimientos de contratación en las diputaciones provinciales.

Nos encontramos ante un supuesto claramente subsumible en la encomienda de gestión regulada en el artículo 15 de la LPAP, puesto que se trata de la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios titularidad de los municipios de población inferior a 5.000 habitantes que, dada su carencia de medios técnicos idóneos para su desarrollo, se encomiendan a órganos de una distinta Administración. Si bien se establece un umbral de población, a mi entender no existe impedimento alguno para que municipios con población superior o incluso otra tipología de entidades locales efectúen una encomienda de

dicho tenor, si concurren las circunstancias que habilitan la utilización de esta técnica.

La titularidad de la competencia de contratación seguirá correspondiendo a la entidad local encomendada, no produciéndose alteración de la misma, quien a su vez podrá dictar actos y resoluciones de carácter jurídico que den soporte a la gestión del procedimiento de contratación encomendado.

El contenido de la encomienda de gestión versará tanto sobre la estricta tramitación del expediente administrativo, definido en los artículos 93 y 94 de la LCSP, como sobre el procedimiento de adjudicación que se iniciará mediante la resolución motivada de aprobación del expediente de contratación, como sobre la formalización del contrato, si bien en el convenio que ha de suscribirse entre las entidades locales implicadas deberá especificarse el alcance, contenido y actuaciones objeto de la encomienda.

4.7. Las garantías

El artículo 88.4 de la LBRL establecía que las fianzas debían depositarse en la caja de la corporación contratante. Como ya hemos mencionado, la LCSP procede a la derogación de dicho precepto en su totalidad, por lo que esta expresa previsión ha sido sin duda alguna derogada.

El artículo 84 de la LCSP regula con carácter básico, y por lo tanto de directa aplicación en las entidades locales, las garantías admitidas en los procesos licitatorios, estableciéndose que la realizada en efectivo o en valores de Deuda Pública se depositarán en la caja general de depósitos o establecimientos públicos equivalentes de las entidades locales contratantes ante las que deban surgir efectos. Las efectuadas mediante aval o contrato de seguro de caución, de conformidad con el artículo 58 del RGLCAP, se constituirán ante el mismo órgano de contratación.

4.8. Reglas especiales sobre los proyectos de obras

4.8.1. La supervisión de proyectos

El artículo 109 de la LCSP, precepto que carece de naturaleza básica, establece que la supervisión de los proyectos de obras deberá realizarse con carácter obligatorio en los supuestos en que su presupuesto sea igual o superior a 350.000 euros, o en los que no alcanzando dicho importe las obras afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de las mismas. En los restantes supuestos la emisión del informe tendrá carácter meramente facultativo. En todo caso, en el seno de las entidades locales, corresponderá la emisión del informe a las oficinas o unidades existentes en las entidades locales contratantes o, en caso de carecer de ellas, por las de la correspondiente dipu-

tación provincial, tal y como ya establecía la disposición adicional novena del RGLCAP, previsión que la LCSP eleva de rango normativo.

Dado el carácter básico de la totalidad de la disposición adicional segunda de la LCSP, el artículo 109 adquiere ese carácter respecto de las entidades locales. Por ello, las normas reguladoras del régimen local dictadas por las comunidades autónomas que cuenten con competencia para ello, no van a poder establecer supuestos de supervisión de los proyectos de obra de las entidades locales de características diferentes. En este sentido, el artículo 231 de la LAL de Aragón, que con carácter obligatorio exige el informe de supervisión del proyecto si su cuantía es igual o superior a 50.000.000 de pesetas y lo configura como facultativo en los demás supuestos restantes, debe considerarse desplazado por la legislación básica estatal. No obstante, a mi entender resulta de aplicación la posibilidad de que la emisión del informe la realicen junto con las unidades de las diputaciones provinciales las que puedan crearse en el seno de las comarcas, siendo discutible el mantenimiento de la exención de la obligatoriedad del informe en los casos en que el proyecto haya sido redactado por los servicios de la propia entidad local contratante o por los de la diputación provincial o los de la comunidad autónoma, no obstante la lógica de su previsión.

4.8.2. El fraccionamiento de proyectos de obra

La disposición derogatoria única, letra c), deroga el artículo 125 del TRRL, en el que se posibilitaba a todas las entidades locales, sin excepción, en los contratos plurianuales la redacción de proyectos independientes relativos a cada una de las partes de la obra, siempre que fueran susceptibles de utilización independiente en el sentido del uso general o del servicio, o pudieran ser sustancialmente definidas.

La nueva regulación dada por la disposición adicional II, apartado 11, de la LCSP limita la utilización de esta posibilidad exclusivamente a los municipios de población inferior a 5.000 habitantes, identifica las partes de la obra objeto de posible proyecto independiente como "susceptibles de utilización separada" o sustancialmente definidas y atribuye al Pleno de la entidad local, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta legal de sus miembros, la concesión de la autorización para el fraccionamiento en fases del proyecto inicial, no pudiendo delegarse el ejercicio de esta atribución en ningún otro órgano de la corporación.

La finalidad perseguida es obvia, limitar la práctica extendida de fraccionar proyectos en sucesivas fases al objeto de facilitar su ejecución en función de la financiación obtenida. Los requisitos materiales exigidos

dos por la legislación que se deroga, con independencia de su grado de cumplimiento real, acertadamente se mantienen, resultando más discutible la limitación de esta posible práctica a los pequeños municipios, puesto que la financiación de los proyectos de cierta envergadura en la inmensa mayoría de nuestras entidades locales depende de la financiación condicionada que al respecto pueda obtenerse de las administraciones de mayor ámbito territorial, por definición escasa y en la práctica en gran medida impredecible.

5. Especialidades en los contratos de gestión patrimonial

Una novedad reseñable de la LCSP es la exclusión de su ámbito objetivo de aplicación de los denominados *contratos de gestión patrimonial*. En este sentido el artículo 4.1, letra p), expresamente excluye los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la contratación patrimonial.

Por lo tanto, los contratos de esta naturaleza que realicen las entidades locales, desde el punto de su preparación y adjudicación, se regirán por las normas establecidas en la Ley de patrimonio de las administraciones públicas y por las normas de desarrollo de la misma que dicten las comunidades autónomas, ya sea en su legislación patrimonial o de régimen local, sin perjuicio de las normas de atribución competencial establecidas en la disposición adicional II, apartados 1 y 2, de la LCSP, que hemos tenido ocasión de enumerar al comentar las especificidades orgánicas.

Una consecuencia de la exclusión de los contratos patrimoniales de la regulación de la LCSP es la inaplicación a esta tipología de contratos que puedan realizar las entidades locales de las normas relativas a la capacidad de los contratistas, en especial las prohibiciones para contratar, establecidas en el artículo 49 de la LCSP, excepción hecha de los titulares de las concesiones demaniales a los que por expresa disposición del artículo 94 de la LPAP, que goza de naturaleza básica, les serán de aplicación aquéllas. Por ello, considero conveniente que la legislación de desarrollo de las comunidades autónomas tenga en cuenta esta situación creada y determine específicamente las prohibiciones para contratar con las entidades locales en los supuestos de los contratos de gestión patrimonial.

En el apartado 13 de la disposición adicional II de la LCSP se establece la posibilidad, ya prevista en la LPAP, del fraccionamiento hasta cuatro años del importe de los contratos que tengan por objeto la adquisición de bienes inmuebles por las entidades locales.

6. Especialidades de orden sustantivo en relación con el contrato de gestión de servicios públicos

6.1. A vueltas con el concepto de servicio público

6.1.1. El concepto de servicio público en la LRBRL

El legislador local ha procedido a efectuar una definición de servicio público, que más bien semeja una descripción que un concepto, en el artículo 85.1 de la LRBRL. Inicialmente, en la versión subsistente hasta la reforma producida con motivo de la Ley 57/2003, los ha descrito como aquellos que tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales, pudiéndose producir con ello una disociación entre titularidad y competencia, exigiéndose únicamente ésta como criterio legitimador. La reforma efectuada por la LMMGL, que circunscribe los servicios a aquellos que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias, a nuestro entender ratifica la vinculación de la atribución de competencia con el servicio público, sin introducir modificación sustancial alguna con la anterior regulación.

El artículo 25.1 de la LRBRL, por su parte, establece una cláusula genérica a favor de los ayuntamientos, que para un sector doctrinal es una mera declaración de capacidad general de la entidad local (Santamaría Pastor, Ballesteros Fernández, Del Guayo Castiella) y para otros contiene una atribución de competencia general o universal o una presunción de competencia a favor de ésta (Carro Valmayor, Maralet García, Sosa Wagner), al disponer:

“El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.”

Cláusula que se ve complementada por el listado de materias establecido en el artículo 25.2 de la LRBRL sobre las que, en todo caso, el municipio ejercerá competencias en los términos de la legislación estatal o autonómica, inspirado en la concepción de la autonomía local como derecho a la participación en los asuntos que afecten a su círculo de intereses consagrado en el artículo 2 de la LRBRL, produciéndose con ello una clara materialización de lo que ha sido tradicionalmente el sistema de atribución de competencias a favor de los municipios en nuestro ordenamiento, un sistema de determinación legal de las mismas (Fanlo Loras, Morell Ocaña, Ortega Bernardo, Souviron Morenilla). El legislador básico establece el marco material de competencias correspondiendo al legislador sectorial su especificación mediante la correspondiente atribución.

Paralelamente el artículo 26.1 de la LRBRL establece lo que se ha dado en denominar *servicios mínimos u obligatorios de los municipios*, atribuidos en función del tramo de población de los mismos, operándose de este modo una atribución implícita de competencias en su favor (Del Guayo Castiella, Salanova Alcalde), y el artículo 86.3 de la LRBRL declara la reserva a favor de las entidades locales de una serie de actividades o servicios esenciales, gran parte de ellas incursas en el listado de servicios mínimos u obligatorios mencionado.

Es en este marco normativo delimitador de las competencias locales, estrechamente vinculado con los servicios públicos, en el que se debe contextualizar el análisis sobre el contenido y alcance del servicio público local, como técnica jurídica de actuación de nuestras entidades locales.

Con carácter general podemos afirmar que la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado mayoritariamente por considerar que la legislación de régimen local ha asumido un concepto funcional de servicio público, en el que la asunción en concepto de titular por parte de la entidad local, exclusiva y excluyente de la actividad de los particulares salvo a título de concesionario, respecto de una determinada prestación de interés público no es un elemento definitorio del mismo. Encuadrado en un concepto subjetivo y operativo de servicio público, el Tribunal Supremo, en la STS de 23 de mayo de 1997, ha afirmado:

“Cabe distinguir entre servicios de titularidad municipal y servicios públicos locales caracterizados: por la declaración formal o *publicatio*, la naturaleza prestacional, la necesidad de utilizar un procedimiento o forma de gestión de Derecho público y por el criterio teleológico de servir a fines señalados como de la competencia de la entidad local.”

La jurisprudencia inicialmente abrazó la teoría estricta u orgánica de servicio público en la conocida, y discutida, STS de 24 de octubre de 1989, caso *Iniciatives*, caracterizando el servicio público local como:

“Una actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una ley a la Administración para que sea ésta quien la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se preste un servicio al público de manera regular y continua.”

La evolución jurisprudencial posterior, manifestada a través de la sentencia de 22 de septiembre de 1994, en relación con el suministro de agua potable a los ciudadanos, y de la ya mencionada STS de 23 de mayo de 1993, rectifica dicha línea argumental y caracteriza los servicios públicos locales por la declaración formal, la naturaleza prestacional y el criterio teleológico de servir fines señalados como de la competencia de las entidades locales, incluyendo con ello a las actividades que presten los entes locales sin necesidad de que se hayan reservado o sean susceptibles de serlo.

6.1.2. El contrato de gestión de servicios públicos en la LCSP

El artículo 8 de la LCSP realiza una definición de contrato de gestión de servicio público como:

“aquél en cuya virtud una administración pública encomienda a una persona, natural o jurídica la gestión de un servicio cuya gestión ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante.”

Opiniones doctrinales cualificadas consideran que la definición expuesta supone la consagración en el seno de nuestro ordenamiento jurídico de la vinculación entre servicio público y titularidad de la actividad o recurso. Con ello nuestro ordenamiento jurídico distinguiría entre “actividades configuradas como servicio público”, que serían las reservadas a favor de la Administración local por una norma de rango de ley, y “actividades de servicio público”, cuya titularidad no está reservada a la Administración, pero que a través de la atribución de competencia sobre ellas habilita a aquella a velar por su regularidad y continuidad. En ambos supuestos se produciría una *publicatio* de la actividad, en el primer caso estricta o intensa y en el segundo amplia o de baja intensidad, atribuyendo con ello en el primer supuesto la titularidad del servicio o actividad a favor de la entidad local y en el segundo la responsabilidad de la satisfacción de una necesidad colectiva representada por dicha actividad.

Desde esta perspectiva, sólo los servicios públicos reservados, ex artículo 86.3 de la LRBRL, que serían la concreción de la expresión “asumida como propia de su competencia”, serán gestionados a través de los modos gestores previstos en la legislación de régimen local, siendo por otro lado el título habilitante de las “actividades de servicio público”, que será desarrollado por los particulares bajo la dirección de la corporación local a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, la autorización operativa. Junto a ello, siempre que exista un interés público que legitime su actuación, las entidades locales podrán realizar cuantas iniciativas y actividades económicas consideren oportunas en estricta igualdad y competencia con los particulares.

La definición de contratos de servicios establecida en el artículo 10 de la LCSP en la que a efectos de concretar el ámbito material al que se refiere, prestaciones de hacer cuyo resultado es distinto al de una obra o un suministro, se remite al anexo II de la Ley, donde constan actividades tales como “servicio de transporte”, “servicio de alcantarillado, eliminación de desperdicios, servicios de saneamiento y similares”, “servicios de educación y formación profesional”, “servicios sociales y de salud”, todas ellas dentro del ámbito competencial de las entidades locales,

confirmaría este nuevo redimensionamiento del ámbito objetivo del concepto de servicio público.

A mi entender, con independencia de la heterogeneidad de las actividades que gozan y han gozado de la denominación de servicio público, tanto desde la perspectiva de su contenido como de las técnicas utilizadas, así como del carácter eminentemente histórico contingente de su alcance, considero que, salvo modificación sobrevenida de la legislación básica local, la nueva redacción de la LCSP continúa vinculando la idea de servicio público a la prestación pública dimanante de una competencia legalmente atribuida. Por ello, considero que la categoría de servicio público local se ajusta a la concepción propuesta por Malaret García, que propugna una concepción subjetiva y funcional de servicio público. Subjetiva porque identifica una cierta actividad de la Administración, en cuanto responsable no como titular, que la diferencia de la mera actividad de reglamentación, y funcional porque resalta su finalidad, el suministro de prestaciones.

La difícil delimitación entre contrato de gestión de servicio público y contrato de servicios no sólo debe tener en cuenta que ambos contratos versan sobre actividades distintas de las propias de los contratos de obras y de suministros, y que el anexo II de la LCSP describe y enumera una serie de actividades que integrarían el ámbito material de los segundos, sino que debe ponderar adecuadamente la jurisprudencia del TJCE. En este sentido, según la STJCE de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/2003, partiendo de la definición de contratos de servicios que establecía el artículo 1.a) de la Directiva 92/50, integrarían esta categoría aquellos “contratos a título oneroso celebrados por escrito por un prestador de servicios y una entidad adjudicadora”, y afirma que:

“la adjudicación de la gestión de un aparcamiento público de pago por una autoridad pública a un prestador de servicios, en contrapartida de la cual el prestador percibe como retribución las cantidades abonadas por terceros para el uso de dicho aparcamiento, constituye una concesión de servicios públicos a la que no resulta de aplicación la Directiva 92/50.”

6.2. Las formas de gestión de los servicios públicos

6.2.1. Las formas de gestión directa

La disposición final primera de la LCSP modifica la redacción del artículo 85.2 de la LRBRL, de forma que en la enumeración de las formas de gestión directa de los servicios públicos la sociedad mercantil cuyo capital social en la redacción dada a la letra A.d) por la Ley 57/2003 se exigía que perteneciera íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma, en la nueva versión se limita a disponer que sea de

titularidad pública. Se mantiene la exigencia de que el capital social sea de titularidad íntegramente pública, y se obvia que íntegramente deba pertenecer a la entidad local o a un ente público dependiente de la misma. Con ello se facilita que la entidad local pueda constituir sociedades públicas de capital íntegramente público, aportando mayoritariamente el capital de la misma, y contando con aportaciones de capital de entes públicos dependientes de ella y/o de otras administraciones o entidades públicas de distinta naturaleza. Con la nueva redacción, una sociedad mercantil local, siempre y cuando cuente con una participación mayoritaria de entes locales o de entidades públicas dependientes de ellos y los servicios que se pretendan gestionar tengan la naturaleza de locales, podrá contar con participación de la comunidad autónoma o del Estado y de entidades públicas de ellas dependientes.

El legislador, en su vorágine normativa, ha olvidado modificar el artículo 85.ter.2 de la LRBRL, que al regular las denominadas *sociedades mercantiles locales* continúa exigiendo que el capital social deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o por una entidad pública dependiente de ella. Bernal Blay ha planteado, no obstante, la posible compatibilidad entre ambos preceptos interpretando que en el momento de la constitución el capital sea aportado íntegramente por una entidad local o entidad pública dependiente de ella y posteriormente puedan incorporarse otras entidades públicas.

Con esta nueva redacción, soluciones normativas como las facilitadas por el Decreto 347/2002, de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón, por las que las sociedades mercantiles con capital social íntegramente público pertenecientes a diversas entidades locales son consideradas como una modalidad gestora indirecta a través de sociedad mercantil de capital mixto, serían desplazadas por la nueva legislación básica estatal, que las conceptúa como sociedades de capital de titularidad íntegramente pública.

Desde la perspectiva de la legislación contractual, si bien es cierto que las directivas comunitarias no son de aplicación a la concesión de servicios públicos por estar excluidas, los poderes adjudicadores deben respetar los principios de publicidad y no-discriminación, tal y como expresamente ha manifestado la STJCE de 13 de octubre de 2005 (Parking Brixen). No obstante, tal y como se afirma en dicha resolución judicial:

“en el ámbito de las concesiones de servicios públicos estará excluida la aplicación de lo dispuesto en los artículos 12 de la CE, 43 de la CE y 49 de la CE, así como de los principios generales cuya expresión específica constituyen dichos artículos, en el supues-

to de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad a que pertenece.”

Nos enfrentamos con ello a la cuestión de si las sociedades mercantiles locales, cualesquiera que sea su composición (de una sola entidad local o de varias entidades públicas), pueden ser consideradas como medios propios o servicios técnicos de la entidad local y con ello si la encomienda o mandato de gestión del servicio público a través de ellas se encuentra excluida del ámbito de aplicación de la Ley, por considerar que existe una falta de autonomía contractual por parte del ente instrumental.

En este sentido, debe acudir a la definición de medio propio o servicio técnico dada en el artículo 24.6 de la LCSP, en la que se reiteran los criterios establecidos por la jurisprudencia comunitaria (Teckal, ARGE, Parking Brixen GMBH, Stadt Halle, Comisión c. Austria), consistentes en la existencia entre el poder adjudicador y la entidad instrumental de un control análogo al que aquel pueda ejercer sobre sus propios servicios, en que la parte esencial de su actividad deberá realizarse con el poder adjudicador y que la totalidad del capital deberá ser de titularidad pública.

La nueva regulación determina con cierto detalle el contenido del concepto “control análogo”, que supone la posibilidad de conferir encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan. No obstante, en relación con el criterio de “realización de la parte esencial de su actividad para la entidad encomendante”, si bien se menciona expresamente su exigencia, mantiene la indeterminación de su contenido en línea con la ambigüedad existente en la jurisprudencia comunitaria, debiendo ser tenidas en cuenta las recientes STJCE de 11 de mayo de 2006 (Carbotermo y Consorcio Alisei) y de 19 de abril de 2007 (Asenfo c. TRAGSA y Administración General del Estado).

La condición de medio propio y servicio técnico de las sociedades mercantiles locales que cumplan los criterios mencionados deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esa condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les pueda conferir.

La nueva redacción del artículo 85.2.A.d) de la LBRL en línea con la jurisprudencia comunitaria permite que, si bien la titularidad de las acciones de la sociedad mercantil local ha de ser íntegramente pública, en su capital participen distintas entidades públicas. No obstante, tal y como destaca con acierto Bernal Blay, si

bien la titularidad pública del capital resulta indicativo de la existencia de un control efectivo, no es por sí solo suficiente. Lo verdaderamente relevante es la existencia de “una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes”. La STJCE de 19 de abril de 2007, Asunto C-295-05, TRAGSA, supuesto de sociedad pública integrada por capital titularidad de distintas administraciones, identifica la existencia de dicho control con la existencia de encargos obligatorios para la sociedad y precios tasados, en cuya determinación esté garantizada la influencia de los entes públicos implicados, en el caso concreto que nos ocupa de la entidad local. En este sentido, debiera recordarse las conclusiones del Abogado General en el mencionado proceso, que afirma que es preciso que el estatuto legal aplicable garantice la influencia real que todos los entes públicos que formulen encargo tengan, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes.

En cuanto al requisito de existencia de un vínculo de destino de la parte esencial de la actividad de la sociedad mercantil local con la entidad local encomendante, la mencionada STJCE de 17 de abril de 2007, TRAGSA, siguiendo la estela de la sentencia Cabotermo/Consorcio Alisei, ha determinado que:

“cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito 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 su conjunto [...]. TRAGSA realiza por término medio más del 55% de su actividad con las comunidades autónomas y alrededor de un 35% con el Estado. De lo anterior resulta que esta sociedad realiza lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan.”

6.2.2. Las formas de gestión indirecta

La nueva redacción del artículo 85.2.B) de la LBRL mantiene el abandono de una tipología específica de fórmulas gestoras indirectas propias de las entidades locales manifestado por la Ley 57/2003 y reitera la expresa remisión a las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de contratos del sector público. El artículo 253 de la LCSP establece una enumeración tasada de estas modalidades contractuales, consistentes en la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta. Esta previsión, junto con la expresa derogación del artículo 95.2 del TRRL, en el que se regulaba el arrendamiento como una modalidad de gestión indirecta para “los servicios cuya instalación se haya hecho directamente por la corporación o que sea propiedad de ésta”, elimina cualquier

sombra de duda sobre la desaparición de esta tipología gestora.

Por su parte, el artículo 251 de la LCSP, que regula el tipo de servicios públicos que pueden ser gestionados mediante las fórmulas contractuales previstas, amplía el ámbito de los mismos al establecer el requisito de que sean susceptibles de explotación por los particulares, no limitándolo a los servicios de contenido económico que sean susceptibles de explotación por empresarios particulares. Con ello se da cobertura a la gestión contractual indirecta de los denominados *servicios atinentes a las personas*, entre los que destacan los servicios sociales, en cuya prestación corresponde un destacado protagonismo a las entidades locales, y cuya gestión efectiva suele atribuirse a entidades privadas sin ánimo de lucro.

Los servicios sociales deben ser considerados como servicios públicos, disciplinados por las reglas comunes de éstos, ya que en palabras de Vaquer Caballería “en el marco común del valor superior de la igualdad, la primacía que en los servicios atinentes al territorio ocupa cada día más el principio de la competencia (igualdad en la confrontación), la desempeño en los servicios atinentes a la persona el principio de la solidaridad (igualdad en la cooperación)”. Una de las consecuencias inmediatas de ello es el sometimiento a las reglas de la contratación pública de esta tipología contractual, debiendo abandonarse la extendida e inadecuada técnica de los convenios de colaboración con particulares de utilización habitual por considerar que su objeto no se encontraba comprendido en el de los contratos que regulaba la legislación contractual.

Notas bibliográficas

1. Sobre el proceso de unificación normativa de la legislación de contratación pública, así como para una visión detallada de las peculiaridades de la contratación local en el TRLCAP, *vid.* Juan CLIMENT BARBERÀ, “La contratación de las entidades locales”, en *Nuevas perspectivas del régimen local (Estudios en homenaje al profesor Boquera Oliver)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 593 a 635.

Sobre la aplicación de los principios generales de la contratación pública al conjunto del sector público, *vid.* José María GIMENO FELIU, *Contratos públicos: Ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: La incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003, y “Las fuentes normativas en materia de contratación local. El estado de la cuestión”, *Cuadernos de Derecho Local*, 14, junio de 2007, Fundación Democracia y Gobierno Local.

Sobre la aplicación de los principios generales de la contratación al conjunto del sector público y en

particular a las entidades locales y sobre los riesgos de su huida, *vid.* José Antonio MORENO MOLINA y Francisco PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de contratos del sector público*, La Ley, Madrid, 2007.

2. Sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, *vid.* José Antonio MORENO MOLINA y Francisco PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de contratos del sector público*. Asimismo, David BLANQUER CRIADO, *La nueva Ley de contratos del sector público. Guía práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, y A. MENÉNDEZ REIXACH, “El ámbito subjetivo de la LCSP” (inédito), ponencia impartida en el Seminario de Derecho Local organizado por la Fundación Ramón Sainz de Varanda, FAMPC.

3. Un análisis minucioso de las especialidades orgánicas en el TRLCAP, en Juan CLIMENT BARBERÀ, “La contratación...”, *op. cit.*

Una visión crítica sobre la regulación en la LCSP de la distribución de atribuciones contractuales en los distintos órganos de las entidades locales, en José María GIMENO FELIU, “Observaciones al Anteproyecto de ley de contratos del sector público y consecuencias del vencimiento del plazo de trasposición de la Directiva 18/2004”, *Contratación Administrativa Práctica*, 52, abril de 2006. En idéntico sentido, José Miguel CARBONERO GALLARDO, “Las especialidades de la contratación local en el Anteproyecto de ley de contratos del sector público”, *Contratación Administrativa Práctica*, 60, enero de 2007, La Ley.

La cita de Salvador ROMERO HERNÁNDEZ sobre la aplicabilidad de la técnica de la delegación, puede leerse en “Aplicación de la nueva Ley de contratos del sector público a las entidades locales”, *Noticias Jurídicas*, enero de 2008, edición digital.

Sobre las juntas de contratación, su naturaleza, composición y funciones con carácter general puede consultarse Luis MORELL OCAÑA, “Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas”, en *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, director Rafael Gómez-Ferrer Morant, p. 123-168, Civitas-Thomson, Madrid, 2004.

También resultan de utilidad y provecho Emilio JIMÉNEZ APARICIO (coordinador), *Comentarios a la legislación de contratos de las administraciones públicas*, Aranzadi, Navarra, 2002, y Antonio MORALES PLAZA y Enrique MEDINA MALO, Enrique, *Comentario al Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas*, BOE, Madrid, 2006.

Sobre las centrales de contratación resulta de interés la consulta de donde procede su cita, Luis COSCULLUELA MONTANER, *Requisitos de los contratos, capacidad y solvencia de las empresas, en comentario a la Ley de contratos del Estado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, y María Asunción SANMARTÍN MORA, *La contratación centralizada*, IAAP, Zaragoza, 2003.

4. Un interesante estudio sobre las especialidades procedimentales en el ámbito local es el de Rodrigo J. ORTEGA MONTORO, "La contratación de las entidades locales en la nueva Ley de contratación del sector público, 30/2007, de 30 de octubre: Especialidades", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 1, quincena 15-29 de enero de 2008.

En relación con el expediente de contratación y actuaciones preparatorias, consultar Miguel SÁNCHEZ MORÓN, "Actuaciones preparatorias, tramitación del expediente de contratación y adjudicación de los contratos", en *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, director R. Gómez-Ferrer Morant, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

Sobre la publicidad de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, *vid.* J. PÉREZ AMORÓS, "La publicidad de las licitaciones en las entidades locales", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 11, quincena 15-29 de junio de 2007.

La cita de José Antonio MORENO MOLINA sobre la huida de los principios de la contratación pública local mediante la utilización de procedimientos extraordinarios, en "Presentación de la nueva Ley de contratos del sector público", *Especial Ley de contratos del sector público*, La Ley, Madrid, 2007.

Destacando la posibilidad de que las entidades locales de pequeñas dimensiones y presupuesto no vuelvan a licitar un solo contrato, *vid.* José Miguel CARBONERO GALLARDO, *Las especialidades de la contratación local*, *op. cit.*

Afirmando el carácter subsidiario de la urgencia como supuesto habilitante del procedimiento negociado sin publicidad respecto de la tramitación urgente de los expedientes, *vid.* José Antonio MORENO MOLINA y FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS, *El nuevo Reglamento de contratación de las administraciones públicas*, La Ley, Madrid, 2002.

5. Considerando que el artículo 25.1 de la LBRL establece una cláusula de capacidad general a favor de las entidades locales, *vid.* Ángel BALLESTEROS FERNÁNDEZ, "Los servicios públicos locales: Servicios mínimos, servicios reservados, actuaciones económicas, servicios económicos de interés general y servicio universal", *Revista de Estudios de Administración Local*, 291. En idéntico sentido, Ignacio DEL GUAYO CASTIELLA, "La gestión de los servicios públicos locales", *Revista de Administración Pública*, 165.

Favorables a considerar dicho precepto como una atribución de competencia universal o presunción de competencia a favor de las entidades locales, José Luis CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR, "Servicio público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica", en *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid; Elisenda MALARET GARCÍA, "Servicio público, actividad económica

y competencia ¿Presenta especificidades en la esfera local?", *Revista de Estudios de Administración Local*, 291; FRANCISCO SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson-Civitas 2004.

Considerando que el juego combinado del artículo 25.1 y 25.2 supone la materialización de un sistema legal de determinación de competencias de las entidades locales, Antonio FANLO LORAS, "La Administración local", en *Derecho público aragonés* (director A. Embid irujó), *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2005; Luis MORELL OCAÑA, "La organización y las formas de gestión de los servicios públicos en los últimos cincuenta años", *Revista de Administración Pública*, 150; Julia ORTEGA BERNARDO, "Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios", *Revista de Administración Pública*, 57; José María SOUVIRON MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998.

Distinguiendo entre "actividades configuradas como servicio público" y "actividades de servicio público", José María GIMENO FELIU, "La iniciativa económica. La acción de fomento: Los consorcios", en *Estudio sistemático de la Ley de Administración local de Aragón* (director A. Fanlo Loras), Cortes de Aragón, Zaragoza, 2001.

Defendiendo una concepción subjetiva y funcional de servicio público, Elisenda MALARET GARCÍA, "Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los ciudadanos, perennidad de las necesidades. Transformación del contexto", *Revista Administración Pública*, 145.

Sobre la conveniencia de interpretar el nuevo artículo 85.2.A.d) de conformidad con la jurisprudencia comunitaria sobre los contratos domésticos, Miguel Ángel BERNAL BLAY, "La problemática relativa a los contratos excluidos de la aplicación de la ley: Los encargos *in house*, con especial referencia al ámbito local".

Una buena reflexión sobre la relación entre las sociedades mercantiles locales en la nueva redacción del artículo 85.2 de la LBRL y la contratación doméstica, en Rodrigo J. ORTEGA MONTORO, *La contratación de las entidades locales*, *op. cit.*

Una visión crítica de la STJCE de 19 de abril de 2007, TRAGSA, por considerar que no concurren las condiciones de existencia de control efectivo, puede verse en Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Revista de Administración Pública*, 173.

Sobre la consideración contractual de los denominados *servicios atinentes a las personas*, Marcos VAQUER CABALLERÍA, *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del estado social de derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. ■

Los convenios urbanísticos

1. La configuración del convenio urbanístico dentro del marco general del Derecho Administrativo.
2. Las clases de convenios urbanísticos más generales.
 - 2.1. Los convenios de planeamiento.
 - 2.2. Los convenios de gestión.
 - 2.3. Otros convenios por razones de urbanismo.
 - 2.3.1. Los convenios expropiatorios.
 - 2.3.1.1. Respecto al momento de llegar al acuerdo.
 - 2.3.1.2. Conceptos que conforman el precio de mutuo acuerdo.
 - 2.3.1.3. La obligatoriedad del cumplimiento del convenio.
 - 2.3.1.4. La falta de precedente en los precios establecido por vía del mutuo acuerdo.
 - 2.3.1.5. Prestaciones complementarias al precio establecido de mutuo acuerdo.
 - 2.3.2. Los convenios de pago en especie de las cuotas de urbanización.
 - 2.3.3. Convenios urbanísticos de acción concertada.
3. La tramitación de la aprobación de los convenios urbanísticos.
4. Las acciones procesales hacia los convenios urbanísticos.
 - 4.1. Las acciones fundamentadas en un convenio válido y eficaz.
 - 4.2. Las acciones fundamentadas en un convenio inválido.

Romà Miró Miró
*Abogado. Funcionario local
con habilitación de carácter nacional,
escala Secretaría, categoría superior*

1. La configuración del convenio urbanístico dentro del marco general del Derecho Administrativo

Una de las figuras más frecuentes en el urbanismo actual es la de los convenios urbanísticos, los cuales no son nada más que un instrumento para el mejor y más eficaz despliegue de la actividad urbanística.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo fundamenta esta figura en lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 30/1992, cuando dice:

“Las administraciones públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público o privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendada, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tener tales actos la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo vinculante o no, a la resolución que ponga fin.”

De este modo, al mismo tiempo que el artículo 88 habilita a las administraciones para perfeccionar convenios urbanísticos, establece los límites dentro de los que se debe mover la correspondiente negociación.

Los mencionados límites se definen, por lo tanto, en los siguientes parámetros:

1º. Su ajuste al ordenamiento jurídico, lo cual comporta asimismo respetar:

- a) El principio de legalidad.
- b) El principio de seguridad jurídica, especialmente el de confianza legítima.
- c) El principio de proporcionalidad, el cual comporta:

–Elegir la medida más adecuada al fin que se pretende alcanzar.

–La mínima intervención.

2º. Su ajuste a la obtención del interés público, respetando en todo caso:

- a) El principio de objetividad y neutralidad política.
- b) La transparencia y publicidad.

3. No sobrepasar la acción convencional, lo cual supone respetar:

- a) El principio de indisponibilidad de las potestades administrativas.
- b) El principio del fin como legitimador de la acción convencional.
- c) La no-relajación del cumplimiento de la legalidad, ni en beneficio de la Administración ni de los particulares.

El ajuste de la negociación de los convenios urbanísticos comportará a su vez su ajuste a Derecho y, en fin, la viabilidad del propio convenio.

En esta línea, la STS decía:

“en modo alguno puede implicar derogación, ni en beneficio de la Administración ni a favor de los particulares, de las reglamentaciones de carácter imperativo, ni pueden condicionar el ejercicio de potestades, por ser el urbanismo una auténtica función pública indisponible e innegociable.”

A pesar de estas iniciales limitaciones, la gestión diaria de los asuntos públicos –derivada en muchos casos de la complejidad de la gestión urbanística– ha supuesto que en la práctica se haga un uso e incluso un mal uso de esta figura convencional, a través de la que se quiere dar salida a múltiples cuestiones de naturaleza muy diversa, casi siempre dirigidas a obtener una mejor cobertura financiera...

2. Las clases de convenios urbanísticos más generales

A pesar de la diversidad de problemas a los que se quiere dar soluciones mediante un convenio urbanístico, lo que comporta una cierta dificultad de reconducirlos a una tipología bien definida, generalmente las figuras más usuales son las siguientes.

2.1. Los convenios de planeamiento

Estos convenios responden todos ellos a una misma finalidad. El administrado se obliga a unas determinadas prestaciones a favor de la Administración, a cambio de que la Administración apruebe, modifique e incluso revise el planeamiento, con la ordenación prevista en el convenio y a favor de los terrenos que en el propio convenio se identifican.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de junio de 2000, define este tipo de convenios en los siguientes términos:

“los convenios de planeamiento tienen por objeto la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor. La finalidad del convenio de planeamiento es, pues, precisamente, la de lograr una modificación futura de la ordenación urbanística existente. El resultando final que contemplan suele mostrar, por ello, una contradicción material con las normas de planeamiento vigentes en el momento en que se suscriben, ya que los mismos se fundamentan en la indudable potestad (*potestas variandi*) que ostenta la entidad local para iniciar discrecionalmente la modificación o, en su caso, la revisión del planeamiento con vistas a adoptarlo a las exigencias cambiantes del interés público. Es claro, no obstante, que la modificación debe ir encaminada a la satisfacción de dicho interés, con el control de los tribunales de este orden jurisdiccional, y debe respetar, además, el procedimiento legalmente establecido en cada caso para la modificación de la normativa del planeamiento de que se trate.”

A pesar de ello, sobre este tipo de convenio planea constantemente un argumento que cuestiona su ajuste a Derecho. Se señala que, mediante el convenio de planeamiento, la Administración negocia sobre la potestad del planeamiento, la cual en principio es indisponible, y se puede producir una inversión en las finalidades del planeamiento, es decir, primar los intereses privados sobre el interés general.

Es evidente que esto puede pasar. Ahora bien, no sólo se puede producir en materia de convenios urbanísticos, sino en cualquier otro campo donde actúe la Administración. Por este motivo, los convenios de planeamiento quedan bajo la revisión jurisdiccional de los tribunales. Por el contrario, los convenios de planeamiento tienen unos aspectos positivos que tampoco pueden ser pasados por alto, como:

a) El consenso de soluciones alternativas.

Suponen una eficaz colaboración entre los poderes públicos y los intereses privados. No existe duda alguna de que las administraciones, por medio del *ius variandi* y de forma unilateral, pueden imponer las soluciones urbanísticas que crean conveniente para el interés general. Ahora bien, no siempre las administraciones deben situarse en esta posición. Es viable, igualmente, que las administraciones renuncien hasta cierto punto a aquella actuación unilateral, con el objeto de obtener una cierta implicación de los particulares. De esta forma, las administraciones "se aseguran" el buen fin de sus pretensiones, aunque éstas, en algún aspecto, se ajusten a los intereses de la propiedad, lo cual no debe ser, en todo caso, una claudicación del interés general a los intereses particulares, sino más bien una configuración de intereses.

En este punto, cabe pensar que un problema urbanístico puede tener soluciones alternativas. Optar por una alternativa, en la que se cuente con el apoyo de la propiedad, de ninguna manera puede clasificarse como una sumisión del interés general al de los particulares.

Lo mismo puede decirse de aquellas propuestas de modificación del planeamiento promovidas por la propiedad. El artículo 8 de la LUC prevé como una forma de participación en la formación del planeamiento el derecho de iniciativa. Esta iniciativa no forzosamente debe estar contrapuesta al interés general, al contrario, la Administración puede utilizar aquella iniciativa para ajustarla a sus propias finalidades.

b) El convenio urbanístico como justificación de la solución propuesta en la modificación o nuevo planeamiento.

El artículo 26.3 del RLUC obliga a integrar los convenios de planeamiento dentro de la documentación que informe el propio instrumento de planeamiento. De este modo, el convenio adquiere la naturaleza de un documento del propio plan.

Desde este punto de vista, el convenio urbanístico pasa a justificar, si no en todos, en buena parte, los objetivos del instrumento de planeamiento. Y más aún, al incorporarse a la documentación que conforma la figura de planeamiento el convenio pasa incluso a constituirse en un elemento para la interpretación auténtica de la solución contenida en el propio instrumento. Cuestión aparte es la del cumplimiento de los compromisos adoptados una vez perfeccionado el convenio.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es muy reticente a otorgar efectos jurídicos a los convenios de planeamiento. Muy al contrario, los tribunales han venido considerando, sobre la base de aquella indisponibilidad de las potestades administrativas, que un convenio de planeamiento no es un título jurídico eficaz para obligar a la Administración otorgante a aprobar un plan con el contenido pactado, eso sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales que pueden derivarse de no dar cumplimiento a los compromisos establecidos en su momento. La STS de 15 de julio de 1997 manifestaba que:

"Cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a que el ayuntamiento llegue con los administrados, la potestad de planeamiento ha de actuarse siempre en aras del interés general y según principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que, ya en otro terreno, pueda desencadenar, en su caso, el apartamiento por parte de la Administración o de los administrados de convenios urbanísticos previos o preparatorios de un cambio de planeamiento."

El Tribunal Supremo avala, de este modo, que la Administración se pueda apartar del cumplimiento de los convenios de planeamiento. Ahora bien, en el sentido de que el no-cumplimiento del convenio generará un supuesto de responsabilidad. No obstante, esta posición tan radical del Tribunal Supremo sería necesario que fuera atemperada por:

1. La necesidad del cumplimiento de ciertos aspectos del convenio en todo caso.

Frente a dicha posición jurisprudencial, la doctrina propugna como una solución intermedia, recogida de la doctrina alemana, que el convenio no vincula ni condiciona el ejercicio de la potestad de planeamiento, pero sí la iniciativa y la tramitación del procedimiento o, en otros términos, la vinculación de la Administración a la ordenación de origen negocial, salvo que circunstancias sobrevenidas de interés público, desconocidas o imprevisibles al formalizarse el convenio impongan un alejamiento del régimen convenido. Un poco en esta línea se puede citar la STS de 31 de diciembre de 2003.

De esta forma, se podría considerar que la Administración debe cumplir un convenio si únicamente ha alcanzado la obligación de aprobar el plan inicial y provisionalmente, desvinculándose de la aprobación definitiva.

2. La responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento del convenio por falta de aprobación del planeamiento por la Administración de control.

Lo que sí está claro es que si el ayuntamiento se ha comprometido a aprobar un planeamiento y la Administración de control no aprueba la ordenación resultante del convenio, la Administración que debe asumir la hipotética responsabilidad derivada del incumplimiento debe ser la Administración que firmó el convenio o si la no-aprobación de dicha ordenación se ha producido por una defectuosa tramitación de la propuesta sometida a la Administración de control.

3. La responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento del convenio por falta de aprobación del planeamiento por la Administración de control sobre la base de un uso ilegítimo de las competencias administrativas.

Queda un último aspecto a considerar. Es el supuesto de la no-aprobación del planeamiento por la Administración de control sobre la base de competencias que no están ajustadas a la legalidad.

En este caso, la Administración otorgante está obligada a defender la ordenación recogida en el convenio y a no apartarse de lo que se ha pactado, salvo que circunstancias de interés público sobrevinidas impongan una regulación diferente. Por ello, no se puede hablar de un recto proceder en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la Administración signataria del convenio, si se abstiene de impugnar el instrumento de planeamiento alejado de la ordenación propuesta en el convenio.

4. La responsabilidad patrimonial derivada de un planeamiento posterior a la aprobación de la ordenación que fue objeto de convenio.

Esta responsabilidad se debería estructurar, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley 8/2007.

2.2. Los convenios de gestión

Frente a los convenios de planeamiento existen los de gestión. La STS de 24 de junio de 2000 dice:

“los (de gestión) se dirigen a la gestión o ejecución del planeamiento ya aprobado y contienen, por ello, estipulaciones conformes al mismo.”

En otros términos, el objetivo de los convenios de gestión no es otro que el de facilitar la ejecución del planeamiento aprobado y simultáneamente fijar la cobertura a unos límites inderogables.

También aquí cabe señalar que, con independencia de lo que puede hacer la Administración por actos unilaterales respecto a los particulares para el cumplimiento de sus deberes urbanísticos, es del todo posible que el mencionado cumplimiento también se pueda instrumentar por acuerdo convencional.

El contenido de estos convenios puede ser múltiple, como por ejemplo:

–La concreción de las obligaciones legales de las partes.

–La cesión de los suelos que deben ser objeto de transferencia obligatoria y gratuita.

–La determinación de los suelos donde situar la participación en el aprovechamiento urbanístico.

–La cuantía sustitutiva a la cesión de los mencionados suelos.

–La fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones.

–Etc.

Sobre estos convenios cabe hacer algunas precisiones:

1. La necesidad de los informes técnicos previos a la firma.

La asunción de cualquiera de las anteriores obligaciones por parte de la Administración es necesario que se realice sin perjuicio del interés público.

Una forma para evitar esta circunstancia es la constancia en el expediente de un informe técnico donde se evalúe la prestación que debe efectuar la Administración y la contrapartida que debe hacer efectiva el particular. En este sentido, es de interés una STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2004, que señala como un requisito de legitimidad de estos convenios la emisión de aquellos informes:

“o bien esos informes se solicitan antes de la celebración del convenio (lo que permite controlar tanto la legalidad de éste como la de los actos que se dicten en su ejecución) o bien el cumplimiento del convenio se somete a la condición de que los informes técnicos que haya que dictar en su momento (al dictar los actos precisos para su ejecución) no aconsejen resolverlo.”

2. Los límites de los convenios de gestión respecto de las cesiones y el resto de obligaciones por cuenta de la propiedad.

El artículo 16 de la Ley 8/2007 regula los deberes de la promoción en las transformaciones urbanísticas. Concretamente se configura el régimen de cesiones de los suelos para viales, zonas verdes, dotaciones, de aprovechamiento urbanístico; contribución al pago de los gastos de urbanización; el realojamiento de los ocupantes legales de los inmuebles afectados por una actuación y la indemnización de los titulares de derechos afectados por la ejecución del planeamiento. Ahora bien, el mismo precepto, en el apartado 3, establece:

“Los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre, con la Administración correspondiente, no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados. La cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno Derecho.”

Este precepto constituye una innovación. Ahora bien, deben hacerse las siguientes precisiones:

a) En principio queda prohibida cualquier estipulación que suponga un incremento de las obligaciones impuestas por el artículo 16 “en perjuicio de los propietarios afectados”.

La cuestión radicará en lo que pasa cuando se dé en una misma persona la condición de promotor y propietario afectado. De entrada podría interpretarse que aquella prohibición no le alcanzó debido a que si el promotor en esta calidad conviene unas obligaciones más amplias de las previstas en el artículo 16 no puede impugnarlas después sobre la base de actuar en su condición de propietario, como mínimo no por la doctrina de los actos propios.

Ahora bien, lo que es cierto es que el convenio que asuma obligaciones superiores a las determinadas en el artículo 16 es nulo, y un acto nulo no produce efectos jurídicos.

Todo ello plantea las siguientes cuestiones:

–¿Es posible que la nulidad solamente será respecto a los terceros, es decir, a los “propietarios afectados”? No parece lógico. Lo que es nulo lo es con independencia de las personas que hayan intervenido en la producción de la nulidad.

–¿Hay que considerarlo nulo a todos los efectos, si bien el promotor no podrá accionar la nulidad porque la ha consentido? Tampoco parece coherente esta solución.

–Finalmente, lo que es seguro es que un convenio que ha incurrido en la nulidad del artículo 16 puede ser impugnado por un tercero sobre la base del carácter de la acción pública en materia urbanística.

b) Ahora bien, en lo que no cabe duda es en cuanto a que el convenio sería nulo respecto a terceros. No obstante, el artículo 25.3 del RLUC establece:

“Los convenios urbanísticos se perfeccionan y obligan exclusivamente a las partes, de acuerdo con su contenido, desde su aprobación por el órgano competente de la Administración o entidad pública que lo suscribe.”

De este modo, los convenios urbanísticos en Cataluña nunca pueden obligar a terceros, con lo cual el artículo 16.3 de entrada será de muy difícil aplicación.

3. El condicionamiento del otorgamiento de licencias al cumplimiento del convenio de gestión. En algunos convenios de gestión se incluye una condi-

ción, en cuya virtud se prevé que no se podrá solicitar u otorgar ninguna licencia, en tanto que la otra parte no haya cumplido las condiciones previstas en el convenio de planeamiento o gestión.

La jurisprudencia, en estos casos, es muy concluyente. Según la doctrina del Tribunal Supremo solamente cuando el proyecto de la obra se oponga a las disposiciones legales o al planeamiento se podrá denegar la licencia, nunca por razones ajenas a dichas disposiciones.

2.3. Otros convenios por razones de urbanismo

Además de los dos tipos de convenios urbanísticos, en la práctica existen otras figuras convencionales que tienen una relación directa con la ejecución del planeamiento urbanístico. Concretamente:

2.3.1. Los convenios expropiatorios

El artículo 24 de la LEF prevé la posibilidad de establecer el precio de la expropiación de mutuo acuerdo. Ahora bien, para que este acuerdo pueda producirse es necesario que previamente se haya tramitado el procedimiento de declaración de la necesidad de empleo. Declarada ésta, la Administración debe citar al expropiado para intentar establecer la evaluación de forma convencional.

Esta norma tan sencilla en la práctica ha planteado una interesante problemática. Así:

2.3.1.1. Respecto al momento de llegar al acuerdo

Un perfecto cumplimiento del artículo 24 comporta la existencia de un solo tipo de convenio. Ahora bien, en muchas ocasiones, en el margen del procedimiento y respecto a bienes afectados de expropiación, igualmente se celebran contratos traslativos del dominio a la vista de aquella afectación. De esta forma, no solamente existe un solo convenio por razones expropiatorias, sino dos:

–Los convenios que se formalizan al margen del expediente expropiatorio pero ante la eventualidad de una privación coactiva de la propiedad.

–Los convenios relativos a la determinación de la compensación económica que tiene derecho a percibir el expropiado dentro del procedimiento expropiatorio.

Los primeros convenios, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tienen la naturaleza de negocios jurídicos traslativos del dominio. Por el contrario, los segundos serían los convenios expropiatorios propiamente dichos.

Una de las consecuencias que se producen entre unos y otros es que en tanto que en los segundos son operativas las instituciones de la retasación y de la reversión, en los primeros, una vez la Administra-

ción ha adquirido la propiedad, no queda vinculada a destinarla al fin inicialmente afectado, el cual puede ser alterado por una simple modificación del planeamiento.

2.3.1.2. Conceptos que conforman el precio de mutuo acuerdo

El precio acordado se entiende como un tanto alzado, sin que sea procedente el pago del premio de afección –STS de 1 de octubre de 1991–. Ahora bien, si el acuerdo se produce en una retasación, al nuevo precio se le deberá aplicar el 5% del premio de afección, “pues no estamos en presencia de un acuerdo amistoso de adquisición, sino ante un justo precio de las fincas expropiadas, independiente del precedente acuerdo” (STS de 14 de abril de 1989).

En cuanto al pago de intereses habrá que distinguir entre los producidos hasta el momento de la conclusión del convenio –por el retraso de la tramitación del expediente– y los que se producen con posterioridad.

Pues bien, respecto a los primeros, “los intereses que hayan podido devengarse se entienden incluidos en el precio convenido” –STS de 28 de septiembre de 2004– en tanto que en el segundo caso se devengarán intereses *ope legis* sin necesidad de ninguna declaración sobre el particular.

Otra cuestión es la del pago de intereses de los intereses. La doctrina jurisprudencial al respecto es que el retraso en el pago del precio comporta una demora según lo dispuesto en el artículo 1100 del CC, la cual, en principio, no comportaría el pago de intereses de demora y si éstos son imperativos es porque lo impone la Ley, pero no provienen de la naturaleza de la obligación –STS de 10 de julio de 2000.

2.3.1.3. La obligatoriedad del cumplimiento del convenio

Suscrito el convenio, las dos partes lo deben cumplir –STS de 2 de septiembre de 2002–, lo cual comporta la imposibilidad por parte de la Administración de desvincularse unilateralmente del convenio sin acudir a los procedimientos de revisión de oficio, así como la imposibilidad de formular reservas y revocaciones unilaterales por parte del expropiado.

La cuestión radica en lo que pasa en supuestos de incumplimiento, especialmente por parte de la Administración. Desde un punto de vista doctrinal, los mencionados convenios pueden ser considerados como contratos o como un acto administrativo incidental en la pieza de la evaluación.

En el primer caso, frente al incumplimiento del convenio, el interesado podría plantear una acción dirigida a obtener la ejecución del convenio y, si no fuera posible, a conseguir una indemnización sustitutoria, sobre la base de la culpa contractual. En el segundo caso, el incumplimiento del convenio com-

portaría acudir ante la Administración y solicitar la continuación del procedimiento expropiatorio.

La salida lógica sería que se accionase ante la Administración el cumplimiento del convenio y, en caso de no acceder por parte de ésta, plantear la cuestión ante los tribunales.

2.3.1.4. La falta de precedente en los precios establecido por vía del mutuo acuerdo

Existe una importante línea jurisprudencial según la cual “los valores establecidos como justiprecio en virtud de mutuo acuerdo no pueden utilizarse como precedente vinculante para otros procedimientos en los que no se alcance tal acuerdo, dado que en aquél influyen valores coyunturales de oportunidad que lo justifican con independencia del valor real del bien expropiado” (STS de 27 de enero de 2000, entre otras).

2.3.1.5. Prestaciones complementarias al precio establecido de mutuo acuerdo

El pago del precio puede ser establecido en metálico o con la entrega de determinados bienes e incluso con la entrega de volumen edificable. En estos casos de pago en especie, la jurisprudencia ha insistido en el hecho de que la Administración expropiante debe asumir, conjuntamente con la obligación de la entrega de la prestación acordada, el deber adicional de promover las actuaciones urbanísticas necesarias para materializar la viabilidad de los compromisos establecidos.

2.3.2. Los convenios de pago en especie de las cuotas de urbanización

El artículo 116.1 de la LUC establece:

“En las modalidades de los sistema de actuación por reparcelación, las personas propietarias tienen la obligación de pagar los gastos de urbanización, *obligación que se puede cumplir mediante la cesión de terrenos edificables*, situados dentro o fuera del polígono de actuación.”

De este modo, el mencionado artículo prevé la dación en pago como una forma de hacer efectivas las obligaciones urbanísticas.

No obstante, para que aquella dación en pago sea eficaz hay que establecer un acuerdo entre el interesado y la Administración –o en su caso con la correspondiente junta de compensación–. El establecimiento de este acuerdo, en todo caso, comporta:

a) La necesidad de cuantificar el importe de los gastos de urbanización y la identificación de las parcelas mediante las que se hará efectivo –STSJ de Canarias de 11 de julio de 2000.

Ello comporta implícitas dos cuestiones:

aa) La de determinar el importe de dichos gastos.

Este importe viene determinado por la cuenta de liquidación provisional, la cual, según el artículo 149.4

del RLUC, determina que los saldos de dicha liquidación “son deudas líquidas y exigibles a favor de la Administración actuante, la junta de compensación o la persona titular de la gestión urbanística integrada”.

Cuestión aparte es la de quién deberá asumir los costes adicionales que se puedan producir en la aprobación de la cuenta de liquidación definitiva. Dado que, de acuerdo con el artículo 149.2, los saldos de la cuenta de liquidación provisional “se entienden provisionales y a cuenta hasta que se apruebe la liquidación definitiva”, estos costes adicionales también serían a cargo de la propiedad originaria.

Para evitar confusiones, sería necesario que en el convenio urbanístico correspondiente se hiciera constar esta particularidad.

ab) La de fijar el valor de las parcelas.

Lo que sería lógico es que su valoración se realizase siguiendo lo previsto en el artículo 23.1 de la Ley 8/2007 respecto del suelo urbanizado, si bien detrayendo el coste de la urbanización y de los deberes y otras cargas pendientes.

En definitiva, habría que dar a dichas parcelas el mismo valor de repercusión que se fije para el resto de las parcelas en el correspondiente proyecto de reparcelación. Lo que no tendría sentido es que fuera diferente.

b) La firma del convenio no comporta ni el pago de los gastos ni la transmisión de las parcelas a la Administración. Es necesaria la entrega de las parcelas con el objeto de que se efectúe la correspondiente transmisión de la propiedad y simultáneamente la extinción de la obligación del pago de los correspondientes costes de urbanización.

Esta transmisión de la propiedad de las correspondientes parcelas se debe efectuar mediante el proyecto de reparcelación, tal como dispone el artículo 141 del RLUC.

Ahora bien, si el propietario no realiza la entrega de las parcelas, oponiéndose incluso a la reparcelación, la Administración “no tiene potestad para imponer el cumplimiento de dicho acuerdo y obligar a aquéllos a transmitir la propiedad de sus parcelas” –STSJ de Canarias de 11 de noviembre de 2000–. En este caso, la Administración deberá entender incomprensible la obligación del pago del coste de la urbanización y, en consecuencia, proceder a la exacción de las cuotas de urbanización por la vía del apremio o, en su caso, a la expropiación de los terrenos afectados al cumplimiento de las cargas.

2.3.3. Convenios urbanísticos de acción concertada

Estos convenios tienen dos modalidades:

a) La prevista en el artículo 129 y siguientes de la LUC, correspondiente a la compensación por concertación, a cuya regulación se hace una remisión.

b) La prevista en el artículo 135, según la cual el sistema de cooperación se puede desarrollar mediante la concesión de la ejecución urbanística integrada.

3. La tramitación de la aprobación de los convenios urbanísticos

No existe procedimiento único, bien al contrario, según la clase de los convenios urbanísticos, hay establecido un procedimiento especial. Así:

1º. Los convenios de planeamiento y de gestión.

El procedimiento se encuentra establecido en el artículo 26 del RLUC.

Concretamente:

–Una vez aprobado el convenio, debe ser publicado en el boletín o diario oficial correspondiente dentro del mes siguiente a su aprobación.

–Estos convenios de planeamiento y de gestión, además, se deben incorporar en la documentación que integra la respectiva figura de planeamiento o gestión.

–La correspondiente Administración debe garantizar la consulta pública y debe facilitar copias a quien las solicite. En este punto hay que recordar que se está ante unos instrumentos urbanísticos, en los que está admitida la acción pública, según el artículo 304 del RDL 1/1992.

2º. El resto de los convenios urbanísticos.

A cada uno le corresponde un procedimiento de aprobación especial al que habrá que acudir en cada caso.

4. Las acciones procesales hacia los convenios urbanísticos

4.1. Las acciones fundamentadas en un convenio válido y eficaz

Los convenios, válidamente perfeccionados, deben cumplirse, tanto por la Administración como por los particulares, de acuerdo con los términos en que se celebraron. En caso de incumplimiento, las partes podrán compelerse a su cumplimiento o a la resolución del convenio.

En el supuesto de incumplimiento por parte del particular, la Administración, en atención al principio de autotutela, podrá acudir a los mecanismos de ejecución forzosa de las obligaciones establecidas. En el caso de que la ejecución forzosa fuera incompatible con el objeto de la obligación, habrá que acudir a la tutela judicial para exigir el cumplimiento forzoso de la obligación.

En el supuesto de que el incumplimiento se produjera por parte de la Administración, el particular podrá accionar hacia ésta, y podrá seguir al efecto el

procedimiento establecido en el artículo 29.1 de la LJ hacia la inactividad de la Administración.

Una alternativa ante el incumplimiento del convenio sería que la parte perjudicada por el incumplimiento optase por la resolución.

En caso de que la parte que haya incumplido el convenio sea el particular, la Administración podrá iniciar de oficio el procedimiento para la resolución del convenio. A falta de un procedimiento establecido, por analogía podría seguirse lo previsto para la resolución de los contratos administrativos –artículo 197.1 de la LCSP–, que se reduciría a un informe de los servicios jurídicos de la corporación, audiencia del interesado, y si éste no está de acuerdo con la resolución, un dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad.

Si la parte que ha incumplido el convenio es la Administración, el interesado puede solicitar de la Administración que lo dé por resuelto. Transcurridos tres meses sin resolver la petición, le quedaría el camino abierto para la vía contenciosa.

Otra cuestión será si es procedente la indemnización por daños y perjuicios. Ésta será posible si la Administración, en el primer caso, justifica los daños y perjuicios causados, y en el segundo caso si se puede configurar la actuación de la Administración dentro de un supuesto de responsabilidad patrimonial.

4.2. Las acciones fundamentadas en un convenio inválido

Los convenios urbanísticos serán inválidos cuando concurra alguna de las causas de nulidad o anulabilidad previstas en la Ley 30/1992.

En Derecho Urbanístico, a su vez, se prevén unos supuestos específicos de nulidad, como los de:

–Las reservas de dispensación –artículo 11 de la LUC.

–Las licencias u órdenes de ejecución en relación con las zonas verdes –artículo 202.1.a).

–Los convenios urbanísticos a los que hace referencia el artículo 16 de la Ley 8/2007.

Pues bien, sin perjuicio de atacar el acto inválido en la vía del recurso administrativo, es posible su revisión, mediante:

–La revisión de oficio del convenio nulo de pleno derecho –artículo 102 de la Ley 30/1992.

–La declaración de lesividad de los convenios anulables durante el plazo de cuatro años.

La declaración de la invalidez de un convenio exige su eliminación del mundo del Derecho, no sólo del futuro sino también respecto del pasado. La declaración formal de la invalidez impide, por ello, que el convenio ilegítimo pueda producir efectos jurídicos

pero, además, obsta la consolidación de situaciones jurídicas surgidas a su amparo y por eso ilegítimas.

En relación con las estipulaciones de un convenio ilegal, por contravenir sus estipulaciones los límites de lo que es legalmente disponible por este camino, las partes tienen el derecho de obtener la devolución o reintegro –aunque sea mediante su equivalente económico cuando la devolución *in natura* no resulte posible– de las prestaciones entregadas sin causa o sobre la base de un título jurídico inválido, y además a exigir la indemnización por los daños y perjuicios imputables a la parte responsable de la invalidez.

Así, si el convenio ha comportado una recalificación que ha sido aprobada, como no se puede volver a su posición anterior, la propiedad debería, por lo menos en principio, abonar el incremento de valor de los suelos recalificados. Si no fuera así, se produciría una situación de enriquecimiento injusto.

En la doctrina, junto a los daños y perjuicios derivados del convenio inválido, se especula con la existencia de otros perjuicios que también sería necesario que fuesen considerados como indemnizables, tales como:

a) Los perjuicios derivados de la “responsabilidad precontractual”, es decir, aquellos perjuicios derivados de la ruptura súbita de las negociaciones sin causa, cuando a tenor del estado de los tratos preliminares, la perfección del convenio parecía una alternativa razonable en la que lícitamente se podía confiar.

La indemnización, en este caso, debería ser suficiente para reponer, en términos económicos, las cosas al estado en que estarían si el perjudicado nunca hubiese entrado a negociar el convenio. De esta forma, debería comprender: por una parte, los gastos inútilmente efectuados durante la negociación infructuosa (daño emergente) y, por la otra, la pérdida de ocasiones alternativas de negocio (lucro cesante).

En Derecho español, cualquier tipo de responsabilidad debe incardinarse dentro del concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración. De este modo, si aquellos dos aspectos pueden justificarse dentro del ámbito de dicha responsabilidad, se estaría ante un supuesto nuevo de indemnización.

b) Los perjuicios ocasionados por la conducta desleal de la Administración, cuando con la producción de un acto no ajustado a Derecho intenta separarse de los compromisos suscritos, no obstante la validez y su fuerza obligatoria.

Queda una última cuestión, la cual va referida al supuesto en el que las dos partes, Administración y particulares, habían incurrido en el supuesto previsto en el artículo 1306 del CC, en que se estaría en el caso de que ninguna de las partes podría reclamar lo que había dado, ni exigir el cumplimiento de lo que

falta para dar cumplimiento al contrato. En este sentido, la STS de 14 de junio de 1986 decía:

“Cuando se establece un concierto o se crea una relación jurídica con un fin que no sea lícito, la ley declara su ineficacia hasta sus últimas consecuencias, privando a las partes de repetir lo entregado por su consecuencia, como sanción a la conducta antijurídica de los creadores de dicha relación, sanción que distingue el carácter voluntario o forzoso de la entrega, pues sólo se exige que ésta sea consecuencia de la relación creada y antes de que ésta se declare nula, y al entenderlo así la Sala sentenciadora de instancia obró correctamente y con plena adaptación a la normativa del tan citado artículo 1306, en su regla primera, del CC.”

De esta manera, el particular, a diferencia del caso anterior, haría suyos los incrementos de valor del suelo a consecuencia de la recalificación sin el pago de ningún tipo de cantidad, y sin cumplir las obligaciones que hubiese contraído y que aún no se hubiesen ejecutado. ■

Convivencia ciudadana, prostitución y potestad sancionadora municipal. El caso de Barcelona*

Ricard Gracia Retortillo
Universidad de Barcelona

1. Introducción. El recurso al Derecho Administrativo Sancionador para ordenar la prostitución en el espacio público.
2. La nueva ordenación municipal de la convivencia ciudadana.
 - 2.1. Rasgos principales de las nuevas ordenanzas: objeto e instrumentos. 2.1.1. Objeto. 2.1.2. Instrumentos. 2.2. Factores desencadenantes de las nuevas ordenanzas.
3. Los municipios ante la prostitución: marco jurídico y contexto normativo actual.
 - 3.1. Contexto internacional: modelos y tendencias actuales del Derecho Comparado ante la prostitución. 3.2. La "alegalidad" de la prostitución en el ordenamiento jurídico español. 3.3. La intervención municipal ante la prostitución. Su tratamiento como un problema de convivencia ciudadana. 3.3.1. La regulación municipal de los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución. 3.3.2. La regulación municipal del ejercicio de la prostitución en el espacio público.
4. La tipificación de infracciones y sanciones por ordenanza municipal y la flexibilización del principio de reserva de ley: estado de la cuestión.
 - 4.1. La tensión entre la reserva de ley y la potestad normativa municipal en el ámbito sancionador: evolución doctrinal, jurisprudencial y legislativa. 4.2. El nuevo título XI de la Ley de bases de régimen local.
5. El caso del municipio de Barcelona.
 - 5.1. La regulación de "la utilización del espacio público para el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales" en la Ordenanza de convivencia de Barcelona. 5.1.1. Ámbito material de la regulación: bienes jurídicos protegidos. 5.1.2. Tipificación de infracciones y sanciones. 5.2. La Ordenanza de convivencia de Barcelona y el principio de reserva de ley sancionadora. Cobertura legal específica de la regulación sobre "la utilización del espacio público para el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales". 5.2.1. Identificación de las normas de cobertura. 5.2.2. Cobertura en la legislación sectorial. 5.2.3. Cobertura en la Ley autonómica de la Carta Municipal de Barcelona. 5.2.4. Cobertura en la Ley estatal del régimen especial del municipio de Barcelona. 5.2.5. Cobertura en la Ley de bases de régimen local. 5.2.6. Cobertura en el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.
6. Consideraciones finales.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "Técnicas de cooperación y gestión de servicios públicos locales. El caso de los servicios sociales", financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (referencia SEJ2006-15616-C02-01), cuyo investigador principal es el Dr. Alfredo Galán Galán. A él y a la Dra. Ángeles de Palma del Teso agradece el autor sus comentarios en la elaboración de este trabajo

En el trabajo se utilizan las siguientes abreviaturas:

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

BOP: Boletín Oficial de la Provincia.

BOPC: Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya.

CE: Constitución española de 1978.

DOGC: Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

FJ: Fundamento jurídico.

LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

LCMB: Ley del Parlamento de Cataluña 22/1998, de 30 de diciembre, que aprueba la Carta Municipal de Barcelona.

LMMGL: Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modernización del gobierno local.

LMRLC: 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.

LREMB: Ley 1/2006, de 13 de marzo, que aprueba el régimen especial del municipio de Barcelona.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

TRRL: Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local.

1. Introducción. El recurso al Derecho Administrativo Sancionador para ordenar la prostitución en el espacio público

La preocupación de los poderes públicos locales por la convivencia ciudadana en los últimos años ha dado como resultado algunas intervenciones normativas dignas de análisis, no sólo por el hecho de su notable repercusión mediática, sino también por sus implicaciones jurídicas. Nos estamos refiriendo a la aprobación de las que han venido a denominarse *ordenanzas cívicas* y que aquí calificaremos como *ordenanzas de convivencia ciudadana*.¹

Sin duda, el ejemplo paradigmático de todas ellas es la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona, aprobada por el Ayuntamiento de Barcelona y en la que centraremos nuestro estudio.² Su singularidad reside no sólo en la notoriedad pública que ha alcanzado su aprobación y su proceso de aplicación posterior, sino también en el alcance de su ámbito material, puesto que aborda sectores que hasta el momento no habían sido objeto de regulación expresa en el ámbito municipal.

Particularmente debatido ha sido el tratamiento que la capital catalana hace sobre el ejercicio de la prostitución en los espacios y vías públicas. Por primera vez, el Ayuntamiento de Barcelona afronta, a través de la intervención normativa, la problemática que resulta de la ocupación del espacio público para el ofrecimiento y la demanda de servicios sexuales, en un ámbito en el que ni el Estado ni las comunidades autónomas se han decidido todavía a actuar.

Entre las medidas adoptadas destacan principalmente, en línea con lo que viene a caracterizar la ordenación de la convivencia ciudadana en la mayoría de municipios, las medidas de carácter sancionador. Precisamente este frecuente recurso al Derecho Administrativo Sancionador pone de nuevo sobre la mesa un problema tradicional de nuestro Derecho local: el alcance de la reserva de ley sancionadora impuesta por el artículo 25.1 de la Constitución española (en adelante, CE) en relación con las ordenanzas municipales que tipifican infracciones y sanciones, en un sector en el que, a priori, no existe legislación sectorial específica. A este proble-

ma dijo venir a poner solución la reforma de la legislación básica sobre régimen local, introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modernización del gobierno local (en adelante, LMMGL), incorporando el nuevo título XI a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LBRL). El análisis del juego de este principio constitucional en relación con la regulación barcelonesa sobre la prostitución nos va a permitir observar los aciertos y debilidades de dicha reforma y reflexionar en torno a las relaciones que se establecen entre conceptos como convivencia, prostitución y potestad sancionadora en el ámbito municipal.

En este sentido, el trabajo que presentamos a continuación parte de un nuevo contexto político-normativo en la ordenación municipal de la convivencia ciudadana que ha llevado a algunos municipios, con Barcelona al frente, a incluir en sus regulaciones medidas de carácter sancionador en relación con el ejercicio de la prostitución en el espacio público. Analizado el contexto de la convivencia ciudadana, expondremos cuál es el marco legislativo actual de la prostitución en nuestro país, atendiendo a las tendencias y modelos comparados y a una perspectiva exclusivamente administrativista, sin detenernos, por tanto, en el tratamiento penal que recibe este fenómeno. Analizado este doble contexto (de la convivencia ciudadana y la prostitución) plantearemos el problema jurídico de fondo: la clásica tensión entre la exigencia de una reserva de ley en materia sancionadora y el ejercicio de la potestad de ordenanza municipal en el ámbito sancionador. A continuación, nos dispondremos a estudiar las repercusiones de esta problemática en el caso concreto de la regulación barcelonesa sobre el ejercicio de la prostitución en el espacio público. Lo que se pretende analizar es, pues, hasta qué punto la tipificación de infracciones y sanciones establecidas en la Ordenanza en este ámbito concreto respeta los requisitos impuestos por el principio constitucional de reserva de ley a la luz de la vigente jurisprudencia, partiendo a su vez de las peculiaridades que le otorga a Barcelona su régimen municipal especial y de los que son los primeros efectos prácticos de la nueva regulación introducida por la LMMGL.

1. Preferimos esta denominación a la de ordenanzas cívicas, puesto que el término convivencia designa mejor el objeto regulador de estas normas, que se refieren no sólo a conductas incívicas o antisociales, sino también a algunas cuestiones relativas a las relaciones entre los vecinos y entre ellos y el medio urbano, que exceden lo que puede entenderse por civismo.

2. Aprobada definitivamente en la sesión del Pleno del Ayuntamiento de Barcelona de 23 de diciembre de 2005 y publicada en el BOP de Barcelona número 20, anexo I, de 24 de enero de 2006. En vigor al día siguiente de dicha publicación.

2. La nueva ordenación municipal de la convivencia ciudadana

2.1. Rasgos principales de las nuevas ordenanzas: objeto e instrumentos

En los últimos años, se viene observando un importante aumento en la aprobación de ordenanzas municipales que tienen por objeto la regulación de ámbitos como la “convivencia ciudadana”, el “civismo” o incluso lo que en algunos casos se ha denominado las *buenas costumbres*.³ Ordenanzas que parecen haber alcanzado una repercusión mediática mucho mayor a la que suele ser habitual en intervenciones normativas de ámbito exclusivamente municipal. Como decimos, el caso paradigmático en este sentido es la Ordenanza de convivencia aprobada por el municipio de Barcelona. No obstante, dicha iniciativa no puede considerarse un hecho aislado en el panorama normativo local español, sino que, aunque la norma barcelonesa presenta algunas importantes singularidades, son muchos los municipios que han aprobado ordenanzas que persiguen, en uno u otro modo, ordenar la convivencia ciudadana. Es, pues, en este contexto donde debemos situar la regulación barcelonesa sobre la convivencia ciudadana en general, y sobre la prostitución en particular. Así, por ejemplo, recientemente han aprobado o están pendientes de aprobar definitivamente ordenanzas en materia de convivencia ciu-

dana Pamplona, Valladolid, San Sebastián, Valencia, Santander o Leganés. En el ámbito específico de Cataluña, además de Barcelona, L'Hospitalet de Llobregat y Esplugues de Llobregat, Tarragona, Vic, Martorell y Mataró, entre otros.⁴

De hecho, lo novedoso del tema no reside en que los municipios regulen las relaciones de convivencia ciudadana,⁵ sino en la concepción que éstos hacen de la misma; o dicho de otro modo, en los ámbitos materiales que se incluyen bajo la regulación de la “convivencia ciudadana”, que ha devenido en una suerte de título habilitante a través del cual el gobierno municipal ordena diferentes y múltiples sectores de la vida de los vecinos. Incidiendo en esta idea, a continuación exponemos brevemente los que pueden considerarse como principales rasgos definidores de las nuevas ordenanzas de convivencia: la transversalidad de su objeto y el claro predominio de las medidas sancionadoras entre los instrumentos administrativos previstos.⁶

2.1.1. Objeto

En términos generales, como ya hemos apuntado, todas estas ordenanzas sitúan el objeto de su regulación en torno al civismo y/o a la convivencia ciudadana (o social), si bien ninguna de ellas define expresamente qué entiende por estos términos. En cualquier caso, una definición común a todas estas ordenanzas pasa sin duda por entender la convivencia ciudadana como algo más que las meras relaciones domésticas

3. Denominación que recuerda a las tradicionales ordenanzas de *policía y buen gobierno*, surgidas de los bandos del mismo nombre. Sobre ellas, véase, por todos, EMBID IRUJO, A. *Reglamentos y ordenanzas municipales*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1978, p. 379-416. Y, más recientemente, EMBID IRUJO, A. “Ordenanzas y reglamentos municipales”, en Muñoz Machado, S. (dir.). *Tratado de Derecho Municipal*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2003, p. 507-546.

4. Ordenanza municipal sobre promoción de conductas cívicas y protección de los espacios públicos de Pamplona (*Boletín Oficial de Navarra*, 61, de 22 de mayo 2006); Ordenanza municipal sobre protección de la convivencia ciudadana y prevención de actuaciones antisociales de Valladolid (BOP de Valladolid, 76, de 14 de mayo de 2004); Ordenanza sobre el civismo, reguladora del uso y la limpieza de la vía pública y la protección del paisaje urbano de San Sebastián (BOP de Guipúzcoa, 183, de 22 de septiembre de 2004); Ordenanza sobre actuaciones en el espacio público de Valencia (BOP de Valencia, de 31 de enero de 2006, pendiente de aprobación definitiva); Ordenanza municipal sobre protección de la convivencia ciudadana y prevención de actuaciones antisociales de Santander (*Boletín Oficial de Cantabria*, 81, de 27 de abril 2006); Ordenanza de civismo y convivencia ciudadana de Leganés (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, 220, de 15 de septiembre de 2006).

En Cataluña, Ordenanza del civismo y la convivencia del Ayuntamiento de L'Hospitalet de Llobregat (BOP de Barcelona, 80, de 4 de abril de 2005); Ordenanza de convivencia ciudadana y uso de la vía pública de Esplugues de Llobregat (modificación BOP de Barcelona, 146, de 18 de junio de 2004); Ordenanza general de convivencia ciu-

dadana y uso de los espacios públicos de Tarragona (BOP de Tarragona, 158, de 11 de julio de 2005); Ordenanza municipal de buen gobierno, civismo, buenas costumbres y convivencia ciudadana de Vic (BOP de Barcelona, 140.1, de 13 de junio de 2006); Ordenanza de convivencia ciudadana y uso de la vía pública de Martorell (BOP de Barcelona, 172.5, de 20 de julio de 2006); Ordenanza de civismo de Mataró (BOP de Barcelona, 28, de 2 de febrero de 2006).

Asimismo, al cerrar esta publicación tenemos noticia de que se han discutido o se encuentran en proceso de tramitación –no exentas de polémica– las ordenanzas de convivencia ciudadana en municipios como Zaragoza, Sevilla o Las Palmas de Gran Canaria. Ver por ejemplo, la edición digital del diario *La Provincia.es. Diario de Las Palmas*, de 23 de enero de 2008 (http://www.laprovincia.es/secciones/noticia.jsp?pRef=1675_4_126402__LAS-PALMAS-GC-Gobierno-Saavedra-mantiene-cajon-ordenanza-convivencia-elaboro-para-Palmas-Gran-Canaria).

5. En este sentido, cabe recordar que las citadas ordenanzas de *policía y buen gobierno* ya regulaban cuestiones relacionadas con la tranquilidad de los ciudadanos y las buenas costumbres.

6. Un primer estudio que analiza desde una perspectiva de conjunto este nuevo fenómeno es el de MERINO ESTRADA, V. “Las nuevas ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana”, REALA, 300-301, INAP, 2006, p. 485-510. Sobre el caso específico de Barcelona, son imprescindibles las reflexiones de JIMÉNEZ ASENSIO, R. “Potestad normativa municipal y convivencia ciudadana”, en Font Llovet, T. (dir.), *Anuario del Gobierno Local 2005*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, Barcelona, 2006, p. 29-90.

entre los vecinos del municipio⁷ y situar el espacio público como el ámbito central en el que los ciudadanos llevarán a cabo su socialización, necesitado, por tanto, de cierta protección. Así, las ordenanzas municipales regulan los derechos y fundamentalmente los deberes de conducta de los vecinos (y, en general, de aquellos que se encuentren en la ciudad) en el ámbito de sus relaciones con los demás y con el medio dentro del espacio público urbano.⁸ Con ello se viene a configurar una concepción abierta, amplia e incluso excesivamente expansiva de la convivencia ciudadana, que queda patente en el contenido claramente transversal de las diferentes ordenanzas.⁹

En primer lugar, todas las ordenanzas protegen el llamado “paisaje urbano” –que se compone tanto por el mobiliario urbano (edificios, fuentes, estanques, papeleras, bancos y otros elementos ornamentales) como por las zonas de dominio público (parques, jardines, playas, etc.)– de las conductas atentatorias contra él: actos vandálicos, necesidades fisiológicas, degradación visual del entorno, etc. En la mayoría de casos, se hace un especial tratamiento del patrimonio histórico-artístico.

En segundo término, la mayoría de las ordenanzas pretenden proteger la tranquilidad de los vecinos frente a usos impropios del espacio público o como consecuencia del desarrollo de actividades no permitidas: principalmente, la venta ambulante no autorizada, el consumo de alcohol y drogas en las vías públicas, las apuestas y juegos y la mendicidad en general o en algunas de sus expresiones más específicas (limpiaparabrisas, aparcacoches, etc.). En este segundo conjunto de aspectos objeto de regulación podríamos incluir el tratamiento de la “prostitución callejera”, si bien, como veremos más adelante, sólo algunos municipios, con Barcelona a la cabeza, han intervenido en este sector.

Por otra parte, el medio ambiente es otro de los ámbitos materiales en los que también inciden las

ordenanzas de convivencia ciudadana. En concreto, podemos encontrar intervenciones respecto a las diferentes manifestaciones de la contaminación (acústica, atmosférica e incluso lumínica), el tratamiento de residuos y la limpieza de los espacios y vías públicas en general. En algunos casos, se regula también la tenencia y posesión de animales domésticos.

Un cuarto ámbito sobre el que se extiende la noción de convivencia es lo que podríamos denominar genéricamente la protección de la dignidad de las personas, que frecuentemente se traduce en declaraciones programáticas de prohibición de la discriminación o rechazo de la violencia por parte del respectivo ayuntamiento. En algunos casos, la regulación se refiere específicamente a la protección de los menores de sus situaciones de abandono y desamparo, otorgando a las autoridades y servicios municipales funciones de atención y vigilancia.¹⁰

Finalmente, debemos apuntar que determinados municipios han optado por incluir en estas ordenanzas de convivencia otros aspectos que tradicionalmente venían requiriendo una ordenanza propia, procediendo así a la refundición de varias normas municipales en su ordenanza de convivencia. En consecuencia, el concepto de convivencia se expande hasta referirse al tráfico de vehículos y tránsito de personas en las vías públicas (en sentido estricto), a la actividad de los establecimientos de pública concurrencia o a las obras públicas municipales.¹¹

Esta última consideración nos permite matizar las generalizaciones realizadas respecto a la nota de la transversalidad con la que hemos calificado a estas ordenanzas de convivencia. Así, se hace necesario distinguir, por un lado, aquellas que tienen vocación de globalidad y que, por tanto, pretenden aglutinar en un solo texto toda la normativa municipal relativa a la convivencia ciudadana en los espacios, vías, establecimientos y servicios públicos (por ejemplo, L'Hospitalet de Llobregat, Vic o Mataró). En

7. MERINO ESTRADA, V. “Las nuevas ordenanzas...”, *op. cit.*, p. 491-492.

8. En este sentido, la mayoría de estas ordenanzas se refieren al espacio público ya en su primer artículo como el ámbito que debe ser objeto de regulación. Véase, por todas, el artículo 1.1 de la Ordenanza del civismo y la convivencia de L'Hospitalet de Llobregat, que se refiere a la necesidad de alcanzar “un clima de civismo, convivencia social y respeto mutuo”.

9. A pesar de que ésta es la tendencia general, hay importantes diferencias en cuanto a la extensión y el alcance de las materias reguladas por las ordenanzas que aquí hemos analizado. Así, por ejemplo, hay ordenanzas como la de Vic que tienen 402 artículos y en cambio otras como la de Valencia que constan únicamente de ocho artículos. Volveremos sobre ello en el texto. En cualquier caso, esta generalización no desvirtúa lo que consideramos una clara evidencia: el carácter transversal con el que se configura la convivencia ciudadana en estas normas municipales. Carácter ya destacado

por JIMÉNEZ ASENSIO, R. “Potestad normativa...”, *op. cit.*, p. 81 y 89. También, MERINO ESTRADA, V. “Las nuevas ordenanzas...”, *op. cit.*, p. 497 y ss.

10. Por ejemplo, los artículos 8 y 9 de la Ordenanza de convivencia ciudadana y uso de la vía pública de Martorell. Sobre la intervención municipal en materia de protección de menores, DE PALMA DEL TESO, A. “El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores”, en *Cuadernos de Derecho Local*, 4, febrero de 2004, p. 102 y ss.

11. Sin duda el paradigma de esta tendencia es la Ordenanza municipal de buen gobierno, civismo, buenas costumbres y convivencia ciudadana de Vic. En el caso de Barcelona, la disposición final tercera de la Ordenanza prevé la refundición de esta ordenanza con la vigente Ordenanza sobre el uso de las vías y los espacios públicos (BOP de Barcelona, 13, de 15 de enero de 1999).

cambio, en otros casos, la llamada ordenanza de convivencia se limita únicamente a regular algunas de las vertientes de esa convivencia, fundamentalmente las conductas incívicas o, como las califican las propias normas, “conductas antisociales” (por ejemplo, Valladolid, Pamplona o Santander). Incluso se dan supuestos en que la intervención municipal se dirige específicamente a un ámbito concreto de la convivencia (como sucede en el caso de la ordenanza de Toledo y el fenómeno del *bote-lón*).¹² Por su parte, la ordenanza de Barcelona –de acuerdo con su exposición de motivos– se define expresamente como una norma que “actúa dentro del ámbito de competencias de que dispone el Ayuntamiento de Barcelona a fin de evitar *todas* aquellas conductas que puedan perturbar la convivencia y minimizar los comportamientos cívicos que se puedan realizar en el espacio público”. A priori, pues, esta ordenanza podría incluirse en el primer grupo, entre las ordenanzas con una clara vocación de globalidad, tal y como parecen confirmarlo tanto el amplio y variado catálogo de conductas que recoge su articulado como la disposición final tercera, que prevé la refundición de esta ordenanza con la Ordenanza sobre el uso de las vías y los espacios públicos. Sin embargo, la redacción inicial del proyecto de la Ordenanza de Barcelona, que era mucho más matizada en este punto, parecía situar la opción regulatoria de Barcelona en una posición intermedia entre las dos apuntadas anteriormente.¹³

12. Ordenanza reguladora del consumo de bebidas alcohólicas, fomento de la convivencia y prevención de actuaciones antisociales de Toledo (BOP de Toledo, 30, de 7 de febrero de 2006).

13. A este respecto, el proyecto (aprobado inicialmente por la Comisión de Presidencia, Hacienda y Equilibrio Territorial, el 9 de noviembre de 2005) establecía que:

“En ningún caso quiere ser una ordenanza agotadora de todas las conductas que, directa o indirectamente, tengan relación con este objetivo. Lo que persigue es, por un lado, hacer frente a aquellos problemas más graves que, por sus nuevas manifestaciones e implicaciones, no estaban hasta ahora recogidos en los textos normativos vigentes (como por ejemplo la ocupación del espacio público por conductas que adoptan formas de mendicidad o la utilización del espacio público para el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales), y, por otro, actualizar aquellas regulaciones que necesitan objetivamente ser adaptadas a fin de que la autoridad local pueda ser ejercitada de manera eficaz y eficiente para reaccionar ante conductas antijurídicas que requieren una nueva tipificación o el establecimiento de un régimen de sanciones diferente al actualmente en vigor.”

Esta línea es la defendida por el profesor R. JIMÉNEZ ASENSIO, por entonces director de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Barcelona, para quien la calificación de la Ordenanza como “de medidas” responde a esta voluntad no agotadora de las materias y también limitada en el tiempo (en “Potestad normativa municipal...”, *op. cit.*, p. 76).

2.1.2. Instrumentos

Expuesto el ámbito material sobre el que se extienden las ordenanzas de convivencia, nos referimos a continuación a los instrumentos que éstas utilizan para proteger la convivencia ciudadana conforme a los principios y reglas que, según las propias ordenanzas, son recogidos normativamente como expresión de los valores comunitarios. Al respecto, una de las críticas más notorias que se ha hecho a estas ordenanzas es la de su excesivo recurso al Derecho Administrativo Sancionador.¹⁴ Sin negar la evidencia –que no es otra que el claro predominio de las medidas sancionadoras en todas las ordenanzas de convivencia analizadas–, sí pueden adivinarse dos tendencias principales, según estas medidas sean las únicas (o casi) presentes en la regulación municipal de la convivencia o bien combinen las medidas sancionadoras y de policía administrativa con intervenciones de tipo asistencial, formativo o mediador.¹⁵

Entre las primeras, encontramos las ordenanzas municipales de Valladolid, Santander o Valencia, que centran su atención en el establecimiento de infracciones y sanciones como mecanismo disuasorio¹⁶ ante actuaciones perturbadoras de la convivencia o atentatorias contra los bienes y espacios públicos. En el extremo opuesto, se sitúan las ordenanzas de L’Hospitalet de Llobregat, Mataró o la propia de Barcelona,¹⁷ que incluyen medidas pedagógicas o educativas (difusión de la ordenanza o preocupación por un lenguaje comprensible), de fomento de la convivencia (apoyo del ayuntamiento a iniciativas

14. No entraremos aquí en juicios de oportunidad, si bien no podemos dejar de constatar algunas consideraciones. Primero, la efectiva protección de los derechos ciudadanos exige la previsión de unos correlativos deberes, que sean asumidos por el conjunto de los destinatarios de la norma; segundo, el incumplimiento de estos deberes puede conllevar el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones; no obstante, la protección de esos derechos y bienes jurídicos debe adoptar las formas de intervención administrativa menos limitativas de derechos, teniendo en cuenta los diferentes intereses en juego; por tanto, no siempre el recurso al Derecho Administrativo Sancionador será la mejor opción.

15. Hecha esta distinción, hay que tener en cuenta que esta clasificación es puramente dogmática y que la casuística hace difícil en muchos casos delimitar la orientación de una u otra normativa municipal. No obstante, sirva como muestra de las diferentes aproximaciones políticas que hasta el momento ofrece la regulación administrativa de la convivencia ciudadana en nuestros municipios. Esta distinción también en JIMÉNEZ ASENSIO, R. “Potestad normativa...”, *op. cit.*, p. 73.

16. Ciertamente estas ordenanzas explicitan su finalidad preventiva. Sin embargo, del desarrollo de su regulación entendemos que la única finalidad preventiva existente es la de prevención general, inherente al Derecho Administrativo Sancionador, sin que en ningún caso se establecen en estas ordenanzas medidas preventivas de carácter social o asistencial.

que promuevan la convivencia, creación de órganos específicos de seguimiento), de intervención social específica (apoyo o asistencia a determinados colectivos) y, en algunos casos, de carácter mediador (por ejemplo, artículo 86 de la Ordenanza de Barcelona).

2.2. Factores desencadenantes de las nuevas ordenanzas

Antes de proseguir con nuestro estudio, que obviamente se sitúa en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, no podemos dejar de señalar los principales factores que han motivado la aparición (o modificación) de estas ordenanzas municipales de convivencia ciudadana, lo que, por tanto, supone atender –aunque sea a título meramente testimonial– al marco sociológico en el que se han aprobado.

En términos generales, y atendiendo a las respectivas exposiciones de motivos, la pretensión municipal de regular la convivencia ciudadana en el espacio público urbano responde a la necesidad de afrontar, también (y sobre todo) desde los poderes públicos locales, los nuevos fenómenos derivados de la globalización (inmigración, nuevas formas de turismo, etc.), así como la intensificación y/o transformación de los problemas tradicionales (suciedad, ruido, venta ambulante, vandalismo contra el mobiliario urbano, mendicidad y prostitución...).¹⁷ Podemos decir, pues, que se hacía necesaria la búsqueda de nuevas respuestas ante los nuevos problemas, pero también la adaptación de las respuestas tradicionales (o la cobertura ante la falta de respuesta) ante los problemas ya existentes.

Junto a la voluntad de atender estas necesidades, la actuación de los poderes públicos municipales en este ámbito se deriva de la incidencia de varios factores que coadyuvan a su visualización y a su incorporación en la agenda pública local. En este sentido,

17. Un claro ejemplo de la combinación de medidas preventivas con las sancionadoras a un mismo nivel de relevancia es la Ordenanza de Toledo en relación con el caso particular del consumo de alcohol en las vías públicas. En este sentido, prevé medidas de carácter informativo, orientador y educativo e incluso de fomento asociativo y de participación social, a la vez que establece medidas de policía administrativa (licencias y autorizaciones) y un régimen de infracciones y sanciones (BOP de Toledo, 30, de 7 de febrero de 2006).

18. JIMÉNEZ ASENSIO, R. "Potestad normativa...", *op. cit.*, p. 71-72. Ver, asimismo, la exposición de motivos de la Ordenanza de Barcelona:

"Fiel al modelo de sociedad barcelonesa, la Ordenanza pretende ser una herramienta efectiva para afrontar las nuevas situaciones y circunstancias que pueden afectar o alterar la convivencia y que, igual que en cualquier otra gran ciudad europea, se están produciendo últimamente en Barcelona, en un mundo cada vez más globalizado."

Esta justificación se encontraba mucho más desarrollada, con importantes matices no carentes de polémica, en el proyecto de

cabe destacar: la presión ejercida por los medios de comunicación,¹⁹ el "efecto desplazamiento"²⁰ y la existencia de un contexto internacional –calificado desde algunos sectores como de "tolerancia cero"– donde la seguridad ciudadana se ha erigido en uno de los principales valores a proteger por los poderes públicos.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, en el caso español, la proliferación de estas ordenanzas en los últimos años debe vincularse necesariamente con un importante cambio en el marco normativo local. En este sentido, la LMMGL pretendió poner fin a uno de los temas más discutidos a nivel doctrinal: el alcance de la reserva de ley sancionadora del artículo 25.1 de la CE en relación con la potestad sancionadora municipal ejercida mediante ordenanza. Hasta entonces, a efectos de cumplir con el artículo 25.1 de la CE, la potestad municipal para tipificar infracciones y establecer sanciones por medio de ordenanza quedaba en manos de que una ley sectorial contuviera una habilitación expresa a través de la predeterminación de las infracciones y sanciones tipificables por ordenanza, siendo nulo el ejercicio de la potestad sancionadora en defecto de dicha habilitación.

La incorporación del título XI a la LBRL viene a amparar la tipificación de infracciones y sanciones por los entes locales, en defecto de legislación sectorial específica, en el ámbito de "las relaciones de convivencia de interés local" y "el uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos" (artículo 139 de la LBRL), siempre de conformidad con los criterios previstos en la misma LBRL. Sin duda, esta previsión ha contribuido a que los ayuntamientos se hayan decidido a aprobar ordenanzas relativas a la convivencia ciudadana, conscientes de este nuevo contexto normativo. En cualquier caso, como veremos, la cobertura legal de

ordenanza de 9 de noviembre de 2005, que hacía referencia expresa a dos fenómenos: "el crecimiento de la movilidad geográfica y la globalización económica que tiende a mezclar poblaciones diversas" y un "debilitamiento de la consciencia de pertenencia a la comunidad, que contribuye a diluir el sentido de la convivencia".

19. Se ha señalado especialmente la presión ejercida por el diario *La Vanguardia* respecto a los problemas de convivencia en la ciudad de Barcelona, durante la última quincena del mes de agosto de 2005. Así lo reconoce JIMÉNEZ ASENSIO, R. "Potestad normativa...", *op. cit.*, p. 75.

20. Se entiende por tal el desplazamiento de población que se produce de un municipio a otro, como consecuencia del diferente tratamiento normativo por dichos municipios respecto a un ámbito concreto. Así, por ejemplo, se apuntan desplazamientos de grupos que practican la mendicidad de unas ciudades a otras, según la mayor o menor permisividad de sus regulaciones. Como es fácilmente perceptible, este efecto tiene especial relevancia en los núcleos metropolitanos, como el de Barcelona, donde confluyen diferentes municipios limítrofes.

este título XI no permite el ejercicio de la potestad sancionadora de forma ilimitada, extendiendo el alcance de la convivencia ciudadana a cualquier supuesto. Posteriormente, nos adentraremos en esta cuestión y lo haremos atendiendo al caso particular de la regulación que la Ordenanza de convivencia de Barcelona hace del fenómeno de la prostitución ejercida en el espacio público. Es, por ello, que primero debemos apuntar algunas notas sobre el contexto jurídico en el que se enmarca dicha regulación y la situación de la prostitución en nuestro ordenamiento jurídico.

3. Los municipios ante la prostitución: marco jurídico y contexto normativo actual

Uno de los problemas de convivencia ciudadana con el que se están enfrentando los poderes públicos locales es el de la prostitución en el espacio público. A efectos de delimitar el marco jurídico en el que se incardina la concreta regulación establecida por el municipio de Barcelona, y con especial atención a la situación en Cataluña, analizamos a continuación el contexto normativo internacional, estatal y autonómico de la prostitución. Destacamos ya cómo la situación de alegalidad en que, hoy por hoy, se halla la prostitución en nuestro ordenamiento jurídico deja en manos de los municipios la necesidad de afrontar un problema que debiera tener una respuesta mucho más global por parte de las instancias públicas con potestad legislativa (Estado y comunidades autónomas).

3.1. Contexto internacional: modelos y tendencias actuales del Derecho Comparado ante la prostitución

Las experiencias del Derecho Comparado muestran la existencia de diversidad de aproximaciones jurídicas al fenómeno de la prostitución. Tradicionalmente se identifican tres “tipos-ideales” o modelos legislativos, según se propugne la prohibición absoluta de la prostitución (prohibicionismo), su erradicación (abolicionismo) o su reconocimiento y ordenación (reglamentarismo).²¹

21. Hay que advertir que se trata de modelos que difícilmente hallaremos en la práctica tal y como aquí los exponemos de forma teórica, pero que nos sirven para definir el amplio abanico de posibilidades con el que pueden intervenir los poderes públicos en esta materia. Aquí señalaremos únicamente los rasgos principales que configuran estos sistemas regulatorios. No obstante, para un mayor abundamiento al respecto, puede consultarse REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N. *Prostitución y Derecho*. Thomson Aranzadi/Junta de Castilla y León, Cizur Menor, 2004. También JAREÑO LEAL, Á. “Abolicionismo o legalización: Las opciones legales con respecto a la prostitución”, en Orts Berenguer, E. (coord.). *Prostitución y derecho en el cine*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Más recientemente todavía, las reflexiones de REY MARTÍNEZ, F. “La

En primer lugar, el prohibicionismo entiende la prostitución como una conducta punible en sí misma y que, por tanto, debe ser castigada en todo caso. La única actuación pública al respecto es el establecimiento de infracciones (penales y administrativas) ante cualquier conducta y persona relacionadas con ella (incluyendo no sólo a proxenetas, sino también a clientes y personas que la ejerzan). Esta posición ha tenido amplia implantación en los Estados Unidos,²² pero parece haberse superado en nuestro entorno legislativo más cercano, puesto que, con carácter general, el ejercicio independiente de la prostitución no es considerado como infracción en ningún ordenamiento europeo.²³ No obstante, algunos estados como Francia o el Reino Unido sí prohíben y sancionan ciertas formas de prostitución como el llamado *racolage* (oferta de servicios sexuales en la vía pública).

Por su parte, el abolicionismo concibe la prostitución como una actividad atentatoria contra la dignidad de la persona que la ejerce y que, por tanto, debe ser erradicada. En consecuencia, este sistema persigue la exclusión de la prostitución del ámbito jurídico y castiga a cualquiera que la promueva, favorezca o se aproveche de la misma, pero no a la persona prostituida, que es considerada una víctima que debe ser reintegrada en la sociedad. El paradigma del abolicionismo en Europa es el modelo sueco, que, si bien tolera el ejercicio individual de la prostitución, prohíbe la compra de servicios sexuales en toda circunstancia.²⁴

Finalmente, la posición reglamentarista postula, en términos generales, una ordenación jurídica de la prostitución, puesto que se trata de un fenómeno inevitable que cumple un fin social. En sus orígenes, este posicionamiento se limitaba a la reglamentación de la actividad con fines de control sanitario, de orden público, etc. No obstante, hoy se defiende la necesidad de normalizar la prostitución, reconociéndola como una actividad económica más, que debe dotarse de un régimen jurídico que ordene las relaciones laborales y de seguridad social, las sanitarias y también las de carácter fiscal. De este modo, se

prostitución ante el Derecho: Problemas y perspectivas”, en *Nuevas políticas públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, núm. 2 (dedicado a los derechos sociales), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006.

22. En los Estados Unidos, la regulación varía en cada Estado. No obstante, la gran mayoría de ellos prohíben la prostitución con carácter general. Sólo en Nevada se permite si se ejerce dentro de una casa de prostitución con licencia. Ver REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N. *Prostitución...*, *op. cit.*, p. 34.

23. REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N. *Prostitución...*, *op. cit.*, p. 31-32.

24. En cualquier caso, también se incluyen en las filas abolicionistas países como Francia o Italia.

pretende, por un lado, garantizar los derechos de las prostitutas y también de los propios clientes y, por otro, someter esta actividad a un mayor control por los poderes públicos, que evite prácticas de explotación y de inseguridad ciudadana. El exponente más conocido de este modelo es el holandés,²⁵ que, desde el año 2000, reconoce la prostitución como una profesión más y asimila los trabajadores sexuales al resto de trabajadores asalariados o autónomos, según el caso. Asimismo, cabe señalar –a los efectos de lo que aquí vamos a tratar– las amplias facultades que se conceden a los entes locales para regular y controlar el concreto ejercicio de la prostitución.

En este contexto y tal y como puede deducirse de lo apuntado en los párrafos anteriores, las legislaciones de los estados europeos de nuestro entorno no presentan una dirección unívoca, aunque sí pueden dibujarse algunas tendencias.²⁶ En primer lugar, destaca la existencia de un debate social cada vez más patente sobre la necesidad o no de regular/normalizar este fenómeno, debate que, sin embargo, accede lentamente a las agendas de los poderes públicos. En segundo término, si bien parece existir consenso respecto a la insuficiencia de abordar el tema desde una exclusiva posición abolicionista, no hay duda tampoco acerca de las dificultades que implicaría una eventual generalización del modelo reglamentarista.

Si atendemos al contexto comunitario europeo, observamos también la confluencia de estas dos apro-

ximaciones. Así, por una parte, las instituciones comunitarias apuestan decididamente por intensificar las medidas contra la explotación sexual y el tráfico de personas, especialmente de menores y mujeres, así como por el tratamiento de la prostitución como una cuestión de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.²⁷ Por otra parte, existen también actuaciones que parecen acercar la posición comunitaria a quienes apuestan por una ordenación de los servicios sexuales como actividad económica. En apoyo de esta última dirección, se ha alegado frecuentemente la conocida sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), de 20 de noviembre de 2001 (ponente: La Pergola), que, al tratar la libertad de establecimiento, reconoció que la prostitución puede ser considerada como una actividad económica de carácter independiente.²⁸

En definitiva, lo cierto es que, entre los diferentes modelos de aproximación legislativa a la prostitución, caben múltiples matices y modelos intermedios, tal y como pone de manifiesto la dificultad para armonizar posiciones tan distintas y donde están presentes variables de índole tan diversa (sociales, económicas, laborales, de salud y orden públicos y también éticas, etc.). En consecuencia, cualquier intervención normativa que pretenda atender equilibradamente a los diversos intereses en juego deberá necesariamente partir de una reflexión pausada en la que se dé voz a los diferentes sectores afectados.

25. También se aproximan a este modelo las regulaciones que sobre la prostitución rigen en Alemania (*Prostitutionsgesetz* de 2002), Australia o Nueva Zelanda.

26. REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N. *Prostitución...*, *op. cit.*, p. 30 y ss.

27. Ver, entre otros documentos, la Comunicación de la Comisión Europea de 20 de noviembre de 1996 relativa a la trata de mujeres con fines de explotación sexual; Declaración ministerial de La Haya de 26 de abril de 1997 que establece las directrices europeas para prevenir y luchar contra la trata de mujeres para su explotación sexual; artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Recomendación del Consejo de Europa 11(2000) sobre la trata de seres humanos con fines de explotación sexual; la Decisión 2002/629/JAI, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos; Decisión 803/2004/CE, del Parlamento Europeo, de 21 de abril, que aprueba un Programa Daphne II de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres; Directiva 2004/81/CE, de 29 de abril, que regula la expedición de un permiso de residencia de seis meses a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos y cooperen con las autoridades competentes.

28. Asunto *Aldona Malgorzata Jany y otras contra Staatssecretaris van Justitie* (C-268/99). El Tribunal resuelve una cuestión prejudicial planteada por un juez holandés sobre la interpretación de varios artículos de los acuerdos de asociación de las Comunidades Europeas y sus estados miembros con Polonia y la República Checa, de 1993 y 1994, respectivamente. Esta cuestión prejudicial tiene su origen en el litigio entre dos nacionales polacas y cuatro

checas y la Secretaría de Justicia de los Países Bajos, relativo a la denegación de las solicitudes de permiso de residencia para trabajar como prostitutas por cuenta propia en Holanda. El Tribunal concluyó, tras reconocer que las disposiciones de dichos acuerdos tienen efecto directo, que los nacionales polacos y checos tenían derecho de entrada y estancia en los estados miembros para ejercer una actividad de carácter industrial, comercial y artesanal o profesiones liberales, derechos que, a su vez, podían ser limitados por los estados miembros, exigiendo, como hacía Holanda, la disponibilidad de recursos económicos suficientes. En consecuencia, el TJCE aplica la libertad de establecimiento en virtud de estos acuerdos de asociación y, paralelamente, reconoce que la prostitución puede formar parte de las actividades económicas ejercidas de manera independiente (actividades no asalariadas, según los acuerdos de asociación), siempre que el prestador del servicio la ejerza: sin subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución; bajo responsabilidad propia y a cambio de remuneración que se le paga íntegra y directamente. Como decimos en el texto, esta sentencia es alegada frecuentemente para defender la reglamentación de la prostitución como actividad económica y, en concreto, también como actividad por cuenta propia. Sin embargo, en nuestra opinión, esto no significa que el TJCE se pronuncie sobre el debate entre legalización/abolicionismo de la prostitución. Simplemente se dedica a aplicar las libertades comunitarias y el principio de no-discriminación por razón de nacionalidad al caso concreto. Así, REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N. *Prostitución...*, *op. cit.*, p. 49-50.

3.2. La “alegalidad” de la prostitución en el ordenamiento jurídico español

Expuesto el contexto comparado, nos adentramos ya en el análisis del ordenamiento jurídico español relativo a la prostitución. Una primera constatación es que, en dicho ordenamiento, el ejercicio de la prostitución se encuentra hoy, en términos generales, en una situación de “vacío normativo” o “alegalidad”, en la medida en que dicha actividad “no es ilegal pero tampoco está claramente reconocida como actividad laboral”.²⁷ En otras palabras, se da una situación de tolerancia administrativa de la actividad, que, sin embargo, coexiste con una importante regulación en el orden penal relativa a conductas relacionadas con la prostitución; contexto que parece acercar el modelo español a posiciones abolicionistas moderadas.³⁰

Las principales intervenciones legislativas en esta materia se dan, como decíamos, en el ámbito penal y persiguen el castigo de situaciones limitativas de la libertad sexual,³¹ dando cumplimiento a los acuerdos internacionales suscritos en materia de protección de los derechos humanos de los menores y de las personas que ejercen el trabajo sexual.³²

Al margen de la regulación penal –que no es objeto de nuestro estudio–, la normativa sobre la prostitución en el ordenamiento español es muy escasa.

29. Apartado 11.3 del “Informe del Síndic de Greuges al Parlamento de Catalunya corresponent a l’any 2005”, publicado en el BOPC, 306, de 17 de marzo de 2006.

30. No obstante, también se ha defendido la posibilidad de que en España existe hoy una prohibición del ejercicio de la prostitución en virtud del Decreto ley de 3 de marzo de 1956, por el que se ordenó el cierre de las mancebías y casas de tolerancia y que no ha sido objeto de derogación explícita. Este argumento es el esgrimido por VERA FERNÁNDEZ-SANZ, A. “Ejercicio de la prostitución y licencias municipales: Usos económico-mercantil, comercial y urbanístico de locales abiertos al público”, en *Actualidad Administrativa*, 2006, 18, p. 2180-2187. Ver también sobre ello y sobre la evolución histórica del tratamiento administrativo de la prostitución en nuestra historia constitucional, TOLIVAR ALAS, L. “Notas sobre la reglamentación, prohibición y tolerancia administrativa de la prostitución”, en *Civitas. Revista de Derecho Administrativo*, 63, 1989, p. 365-393.

31. En concreto, el capítulo V del título VIII del Código Penal (Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) tipifica como delitos: el favorecimiento de la prostitución de menores o incapaces, la determinación a la prostitución mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad, utilización de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar material pornográfico, corrupción de menores e incumplimiento de deberes asistenciales. Asimismo, hay que tener en cuenta la reforma introducida por la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que tipificó la explotación lucrativa de la prostitución, así como el favorecimiento de la entrada en territorio español de personas con el propósito de su explotación sexual.

32. Ver, entre otros, el Convenio de Naciones Unidas, para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 2 de diciembre de 1949 (ratificado por España el 18 de junio

No obstante, existen iniciativas parlamentarias e institucionales que instan a los diferentes poderes legislativos (estatal y autonómicos) a adoptar medidas para acabar con esta situación de vacío legal y reglamentar de una manera integral el ejercicio del trabajo sexual.³³ La más reciente y destacada de estas iniciativas es el Anteproyecto de ley de delimitación y ordenación de las actividades relacionadas con la prestación de servicios sexuales retribuidos, elaborado por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña a iniciativa de su Departamento de Interior, en la última etapa de la legislatura 2003-2006.³⁴

A pesar de que ninguna de estas iniciativas ha visto todavía la luz, sí han servido para dar muestra de la necesidad de abrir un debate público al respecto, hecho que se tradujo en la constitución de una ponencia parlamentaria en el seno de las Cortes Generales, para la elaboración de un informe sobre la prostitución en nuestro país. Aprobadas el 13 de marzo de 2007, las conclusiones de dicho informe permiten confirmar que la posición española sigue ubicada en las filas abolicionistas, puesto que se considera a la persona prostituida como una víctima, se sigue apostando por abordar el problema desde la lucha contra el tráfico de personas y a favor de la igualdad de oportunidades, y se cierra toda posibilidad a la normalización/reglamentación de la prostitución como una profesión.³⁵

1962 y hasta la fecha no denunciado); la Convención de Naciones Unidas, sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, de 18 de diciembre de 1979; el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, ratificado por España en instrumento de 21 de febrero de 2002 (publicado en el BOE, 296, de 11 de diciembre de 2003), además de los documentos europeos citados *supra*.

33. Así, por ejemplo, la Moción 136/VI del Parlamento de Cataluña sobre la prostitución, de 14 de febrero de 2002, que instaba al Gobierno catalán a hacer las gestiones necesarias ante el Gobierno del Estado para regular las cuestiones laborales del trabajo sexual.

34. Este anteproyecto concebía la prostitución como un arrendamiento de servicios entre el prestador y el demandante de servicios sexuales, prohibía la prostitución en la calle, reglamentaba las condiciones (sanitarias, de seguridad, etc.) de los locales en que se lleve a cabo esta actividad y preveía una serie de prestaciones sanitarias y sociolaborales para los trabajadores sexuales, fomentando además su asociacionismo. Cabrá esperar ahora si el nuevo Gobierno catalán sigue adelante con esta propuesta, impulsada por la anterior *consellera* de Interior (hoy de Justicia) Montserrat Tura.

35. Publicado en el BOCG de 13 de abril de 2007, Serie A, núm. 367. Informe aprobado por la Ponencia sobre el estudio de la prostitución en nuestro país, constituida en el seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades. El informe se aprueba con cincuenta votos particulares. Un comentario a este informe se halla en el reciente trabajo de PEMÁN GAVÍN, J. “El debate sobre la legalización de la prostitución en España. (A propósito del Informe de la Ponencia constituida al efecto en las Cortes Generales)”, en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, 136, 2007, p. 683-726.

Más allá de estas recomendaciones y propuestas de *lege ferenda*, la escasa normativa vigente sobre la prostitución tiene un marcado carácter administrativo y se refiere fundamentalmente a la ordenación de los locales de pública concurrencia donde se ejerce el trabajo sexual. Destaca, en concreto, el Decreto catalán 217/2002, de 1 de agosto, por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución.³⁶ En particular, esta norma autonómica establece las características que han de reunir estos locales, así como los reservados anejos³⁷ donde se desarrolla la prestación de servicios de naturaleza sexual,³⁸ regulando principalmente sus condiciones de ubicación, de sanidad e higiene, horarios, servicios de vigilancia, así como la concesión de licencia municipal específica y las inspecciones y régimen sancionador al que quedan sometidos. Asimismo, este decreto insta a los ayuntamientos a la aprobación de las necesarias ordenanzas municipales de adaptación al mismo. En consecuencia, a esta norma reglamentaria le han seguido una serie de ordenanzas municipales de alcance diverso que comentaremos seguidamente. No obstante, antes se hace necesario adelantar un par de consideraciones que han de servirnos para comprender el contexto de esta regulación y de la que más tarde estudiaremos (la Ordenanza de convivencia del municipio de Barcelona).

En primer lugar, este decreto autonómico no tiene por objeto la regulación de la prostitución de un modo integral, ni tan siquiera como actividad económica o laboral, sino que su finalidad principal es la de asegurar el orden público y la tranquilidad vecinal, en definitiva, la pacífica convivencia ciudadana.³⁹ En segundo lugar, este reglamento gubernamental se ampara en la competencia autonómica sobre policía del espectáculo, actividades recreativas y establecimientos públicos, desarrollada en la Ley catalana 10/1990, de 15 de junio,⁴⁰ que otorga un papel principal a los municipios en la concesión de

licencias y prevé el ejercicio de la potestad sancionadora municipal ante el incumplimiento de dicha regulación.

3.3. La intervención municipal ante la prostitución. Su tratamiento como un problema de convivencia ciudadana

Ante la inactividad de la Administración estatal y la insuficiente intervención de las administraciones autonómicas, son los gobiernos locales y especialmente los municipios, como instancias públicas más próximas al ciudadano, los que se han visto obligados a regular algunos aspectos relativos a la prostitución, como consecuencia de la necesidad de coexistir los intereses vecinales (tranquilidad y orden públicos) con los intereses de quienes ejercen el trabajo sexual.

Dos son los ámbitos en los que los municipios han intervenido: uno, como ya hemos apuntado, en relación con los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución; otro, en relación con el ejercicio de la prostitución en el espacio público. Señalamos, a continuación, los principales rasgos de estas normativas municipales, con especial atención al ámbito autonómico catalán. En cualquier caso, quede dicho ya en este momento que ambas líneas de intervención tienen su origen en la consideración de la prostitución como un problema de "convivencia ciudadana" y que, en consecuencia, se encaminan a la protección de la tranquilidad y la seguridad de los vecinos, más allá de que se prevea también la protección de otros bienes jurídicos como la salud pública.

3.3.1. La regulación municipal de los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución

En cumplimiento del citado Decreto catalán 217/2002, de 1 de agosto, varios municipios catalanes han aprobado ordenanzas específicas que regulan estos loca-

36. Publicado en el DOGC, 3695, de 8 de agosto de 2002.

37. Es interesante destacar que se excluyen expresamente de la aplicación de este decreto "los domicilios y viviendas particulares donde se prestan servicios de naturaleza sexual y que no tienen la consideración de locales de pública concurrencia" (artículo 4). En este punto es de interés la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 246/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 31 de marzo (ponente: Ilma. Sra. María Pilar Martín Coscolla), que declara ajustada a derecho la orden de cese de la actividad en un chalet, "por más que su propietario tenga en él su domicilio o vivienda habitual" y "habida cuenta de la publicidad [...] que pone de manifiesto que se dirige al público en general y que en dicho chalet prestan sus servicios al menos once personas".

38. Hay que advertir que, de acuerdo con el artículo 2 del Decreto, "se entiende por servicios de naturaleza sexual la actividad ejerci-

da de manera libre e independiente por el prestador o prestadora del servicio con otras personas, a cambio de una contraprestación económica, y bajo su propia responsabilidad, sin que haya ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de la actividad, llevada a cabo en reservados anejos a las dependencias principales de determinados locales de pública concurrencia". (La traducción es nuestra.)

39. En apoyo de este argumento, ver REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N. *Prostitución...*, *op. cit.*, p. 120. El propio legislador autonómico es consciente de que la normativa aprobada no es suficiente para resolver globalmente los distintos problemas de este sector. Véase el preámbulo del propio Decreto 217/2002.

40. Publicada en el DOGC, 1308, de 22 de junio de 1990.

les (por ejemplo, La Garriga o Sallent)⁴¹ o bien han adecuado sus ordenanzas vigentes en materia de locales de pública concurrencia, incorporando las especialidades normativas de dichos establecimientos (entre otros, Barcelona, Vilafranca del Penedès, Manresa o Terrassa).⁴² Incluso, en algunos casos, la regulación municipal de este tipo de locales se ha llevado a la Ordenanza de convivencia ciudadana (Vic).⁴³ Paralelamente y de acuerdo con lo previsto por la propia norma autonómica, el Departamento de la Presidencia de la Generalidad de Cataluña aprobó una ordenanza tipo que regirá en aquellos municipios donde no se haya dictado dicha normativa de adaptación, sin perjuicio de que puedan aprobar después su propia ordenanza. De tal manera que todos los municipios catalanes tienen una normativa de referencia en materia de locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución.⁴⁴

En cualquier caso, es de justicia señalar que la actuación municipal pionera en el territorio del Estado en este ámbito fue la llevada a cabo en 1999 por el Ayuntamiento de Bilbao a través de su Ordenanza sobre establecimientos públicos dedicados a la prostitución.⁴⁵ A pesar de que se trata de tipos de normas distintas que son el resultado del ejercicio de potestades normativas distintas, no puede obviarse la influencia que esta primera ordenanza municipal tuvo en la elaboración de la norma autonómica. Más allá del alcance material de dicha ordenanza, nos interesa poner de relieve su finalidad. En concreto, esta normativa municipal surgió como medida para “descongestionar” una determinada zona de Bilbao que contaba con una alta concentración de locales dedicados a la prostitución, a lo que se oponía una importante fuerza vecinal.⁴⁶ Así, las primeras redacciones de esta normativa municipal muestran

cómo su preocupación principal era la de delimitar unas distancias mínimas entre locales de este tipo, para evitar dicha concentración, que era asimilada a una fuente de conflicto entre los intereses de los propietarios de los establecimientos y los vecinos. Más tarde, se añadirían los contenidos relativos a las condiciones sanitarias o de régimen jurídico que debían reunir estos locales. En todo caso, lo que queremos destacar ahora es que este tipo de regulación surgió originariamente para dar solución a la prostitución concebida como un problema de convivencia ciudadana. Lo que se perseguía era, pues, proteger la tranquilidad y seguridad vecinal, pero no reglamentar la actividad ni tampoco proteger los derechos de los trabajadores sexuales (seguramente, porque el municipio no gozaba entonces, como tampoco lo hace hoy, de competencia para ello).

3.3.2. La regulación municipal del ejercicio de la prostitución en el espacio público

La segunda de las dimensiones sobre las que han actuado los municipios en el ámbito de la prostitución tiene que ver con su proyección en el espacio público, en las vías y lugares públicos. Tratamos aquí, pues, la problemática derivada del ejercicio de la conocida como “prostitución callejera”. Es fácil comprender el conflicto que se produce entre los diversos bienes jurídicos que aquí entran en contacto: por un lado, la eventual libertad de empresa de quienes buscan sus clientes (o incluso prestan sus servicios) haciendo uso del espacio público, y, por otro, el derecho de los vecinos a la tranquilidad, así como a gozar de un espacio público adecuado.

Las principales actuaciones municipales para hacer frente a esta problemática se producen por medio de intervenciones normativas que tienen por objeto

41. Ver la Ordenanza de La Garriga sobre los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución (BOP de Barcelona, 306, de 23 de diciembre de 2003) y la Ordenanza municipal de Sallent reguladora de las actividades de telecomunicaciones de tipo telefónico para uso público, de locales de culto y de establecimientos donde se ejerce la prostitución (BOP de Barcelona, 38, de 14 de febrero de 2006).

42. Ver la modificación de los artículos 35 y 36 de la Ordenanza municipal de actividades y establecimientos de concurrencia pública de Barcelona (BOP de Barcelona, 10, de 12 de enero de 2004); Ordenanza reguladora de los establecimientos de pública concurrencia de Vilafranca del Penedès (BOP de Barcelona, 188, de 6 de agosto de 2004); Ordenanza municipal de actividades y establecimientos de concurrencia pública de Manresa (BOP de Barcelona, 111, de 10 de mayo de 2006), y Ordenanza de usos y actividades de Terrassa (BOP de Barcelona, 291, de 6 de diciembre de 2006).

43. Ver el título XIV de la Ordenanza municipal de buen gobierno, civismo, buenas costumbres y convivencia ciudadana de Vic.

44. Orden del Departamento de Presidencia de la Generalidad de Cataluña 335/2003, de 14 de julio, por la que se aprueba la

Ordenanza municipal tipo sobre locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución (DOGC, 3935, de 29 de julio de 2003). En términos generales, dicha norma viene a concretar las distancias mínimas y las condiciones de ubicación, de acceso, higiénico-sanitarias y de seguridad de estos establecimientos, así como las características y el procedimiento para la condición de la licencia específica. Paralelamente, se prevé la posibilidad de que los municipios sancionen el incumplimiento de esta regulación.

45. BOP de Bizkaia, 105, de 4 de junio de 1999 (corregido por errores el 11 de junio de 1999 y 16 de julio de 1999 y modificado en el BOP de Bizkaia, 137, de 18 de julio de 2002). El propio texto y la crónica sobre el procedimiento de gestación y elaboración de esta ordenanza se pueden encontrar en ARZUA ARRUGAETA, A. “La Ordenanza del municipio de Bilbao sobre establecimientos dedicados a la prostitución”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 56, 2000, p. 335-348.

46. ARZUA ARRUGAETA, A. “La Ordenanza del municipio de Bilbao...”, *op. cit.*, p. 335-336.

disuadir, restringir o incluso prohibir el ejercicio de la prostitución en todo o en parte del espacio público municipal. En este punto, entran en juego las ya comentadas ordenanzas de convivencia ciudadana, que, como hemos visto, son las que se encargan de regular los usos del espacio público. Son varios los municipios que, al ordenar sus relaciones de convivencia y el uso de sus espacios públicos, se refieren al ejercicio de la prostitución, si bien la orientación y alcance de dicha regulación presentan diferencias dignas de mención. En cualquier caso, todas estas ordenanzas vienen a establecer una serie de prohibiciones y/o deberes de conducta en relación con dicha actividad, cuyo incumplimiento se tipifica como infracción administrativa a la cual se asocia una sanción determinada.

En términos generales, podemos señalar dos tendencias regulatorias:⁴⁷ por un lado, aquellas ordenanzas que prevén la prohibición absoluta –sin más– de toda actividad vinculada a la prostitución en los espacios y vías públicas (Esplugues de Llobregat y Martorell)⁴⁸ y, en segundo lugar, las que impiden o limitan determinadas conductas relacionadas con la utilización u ocupación del espacio público para el ejercicio de la prostitución (Barcelona, Valencia y Sant Antoni de Portmany).⁴⁹

El primer grupo de ordenanzas establece una prohibición absoluta de la prostitución; carácter absoluto que se proyecta en dos dimensiones: primera, se prohíbe toda conducta vinculada a la prostitución

(ofrecimiento, prestación del servicio e incluso demanda) en cualquier caso, y segunda, la prohibición se extiende a cualquier espacio abierto dentro del término municipal (calles, plazas, parques, carreteras...). Con carácter general, el incumplimiento de esta prohibición se tipifica como infracción muy grave y suele llevar aparejada la sanción máxima, siendo ésta de tipo exclusivamente económico.⁵⁰ Así, este conjunto de ordenanzas no contemplan ni medidas alternativas a la multa ni tampoco intervenciones complementarias de carácter social o asistencial.

En el segundo grupo de ordenanzas es notable la influencia de la aprobada por el municipio de Barcelona, pionera en abordar esta cuestión.⁵¹ Puesto que más adelante profundizaremos en el contenido de esta norma, nos limitamos aquí a señalar únicamente algunos de sus rasgos fundamentales en la medida en que son comunes también a otras ordenanzas que la han sucedido en el tratamiento de esta materia. El rasgo característico de estas regulaciones es que no parten de una prohibición general de la prostitución en el espacio público, sino que se limitan a prohibirla en determinados supuestos o en unas concretas circunstancias. Por regla general, estas ordenanzas prohíben conductas como el ofrecimiento, la demanda y la prestación de servicios sexuales retribuidos en el espacio público, pero vinculan dicha prohibición a los casos en que exista una perturbación de la tranquilidad o seguridad vecinal o se afecte al uso común del espacio público.⁵² No obs-

47. Otra de las opciones que podrían haberse planteado, pero que hasta el momento quedan –salvo error o desconocimiento por nuestra parte– fuera de las opciones aplicadas por los ayuntamientos en nuestro ordenamiento es la conocida como “zonificación” (siguiendo el modelo de Ámsterdam).

48. Ver la modificación de la Ordenanza de convivencia ciudadana y uso de la vía pública de Esplugues de Llobregat (BOP de Barcelona, 191, de 10 de agosto de 2004), que introduce el artículo 12.bis, que prevé que:

“1. Queda prohibido el ejercicio de actividades de todo tipo vinculadas al ejercicio de la prostitución en todas las vías públicas y espacios abiertos del término municipal. 2. Los agentes de la autoridad impedirán de forma efectiva la realización de las actividades citadas en el punto anterior y procederán a levantar informe o acta de los hechos, solicitando la documentación de los infractores.”

En términos idénticos, el artículo 7 de la Ordenanza de convivencia ciudadana y uso de la vía pública de Martorell (BOP de Barcelona, 172.5, de 20 de julio de 2006).

49. Ver los artículos 38 a 41 de la ya citada Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona, los artículos 4, 5 y 6 de la Ordenanza sobre actuaciones en espacios públicos de Valencia, y los artículos 33 a 36 de la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia en el municipio de Sant Antoni de Portmany (*Boletín Oficial de las Islas Baleares*, 82, de 8 de junio de 2006).

50. El artículo 22.5 de la Ordenanza de Esplugues establece que el incumplimiento de la prohibición prevista en su artículo 12.bis será falta muy grave y podrá sancionarse con multa desde 300 hasta

3.000 euros. Por su parte, la Ordenanza de Martorell contiene el incumplimiento de la prohibición de su artículo 7 en el apartado 10 del cuadro de infracciones muy graves (artículo 47), que pueden ser sancionadas también entre 300 y 3.000 euros.

51. A pesar de ello, cabe destacar que la Ordenanza de Esplugues es anterior a la de Barcelona. No obstante, es Barcelona quien por primera vez aborda el tratamiento detallado de limitar la prostitución en el espacio público, más allá de una genérica prohibición. En este sentido, JIMÉNEZ ASENSIO, R. “Potestad normativa...”, *op. cit.*, p. 57. De todos modos, el mismo autor explica que los primeros borradores de la Ordenanza barcelonesa se referían a una prohibición general de la prostitución en el espacio público “que, posteriormente, fue perdiendo fuerza conforme las posibilidades de consenso entre los grupos políticos municipales se alejaban en este tema” (*op. cit.*, p. 56-57).

52. Sirvan como ejemplo los artículos 4 y 5 de la Ordenanza de Valencia, que definen estas conductas en los siguientes términos:

“Artículo 4. Será sancionable la promoción, favorecimiento o prestación de servicios de naturaleza sexual en espacios públicos (calles, parques, jardines, plazas...) a cambio de contraprestación económica, siempre y cuando altere la tranquilidad y/o seguridad de los ciudadanos, ya sea por la perturbación que imposibilite o dificulte el tránsito de peatones y/o vehículos o por la producción de molestias incompatibles con el descanso de los ciudadanos.

“Artículo 5. Se entiende que promueve o favorece la conducta descrita en el artículo anterior el o la que estando en los espacios públicos donde haya personas que ofrecen sus servicios de naturaleza sexual contrate los mismos.”

tante, esta regla se quiebra en algunos supuestos donde la prohibición deviene prácticamente general y no se exige expresamente la perturbación de la convivencia.⁵³ Respecto a la graduación de las infracciones y sanciones, cabe decir que la diversidad de conductas prohibidas conlleva a su vez la existencia de diferentes grados de infracciones y sanciones, sin que sea fácil afirmar una tendencia clara. En todo caso, sí podemos señalar que, a igual tipo de infracciones, la normativa valenciana contiene multas de inferior cuantía que el resto, aunque se limita exclusivamente a la imposición de sanciones económicas.⁵⁴ En cambio, Barcelona y Sant Antoni establecen multas mucho más elevadas, pero en algunos casos exigen el apercibimiento previo de las autoridades y prevén algunas intervenciones complementarias de carácter asistencial.

Para finalizar este marco general sobre la intervención municipal respecto a la prostitución, merece una mención especial la regulación establecida por el municipio de Sant Antoni de Portmany (sito en la isla de Ibiza), cuya ordenanza de convivencia –que, dicho sea de paso, reproduce en muchos aspectos lo establecido por la ordenanza de Barcelona– supedita el ejercicio de la prostitución en el espacio público a la obtención de licencia municipal. La realización de conductas vinculadas a la prostitución (ofrecimiento, demanda, negociación y aceptación) sin la consiguiente licencia está prohibida en el espacio público y su incumplimiento reiterado, tras el previo apercibimiento por los agentes de la autoridad, puede dar lugar a la sanción de desobediencia a la autoridad (artículos 34.1 y 35.1). Sin entrar a valorar ahora la

oportunidad política de esta regulación, sí hay que destacar que se trata de una regulación que advertimos sin precedentes en el ordenamiento español, puesto que, hasta el momento, la exigencia de licencia en relación con la prostitución se limitaba únicamente a los establecimientos de pública concurrencia. Tal y como explicita de forma un tanto *sui generis* el artículo 33.1 de la propia ordenanza, el fundamento jurídico de esta previsión pretende ser la ya citada sentencia del TJCE de 20 de noviembre de 2001.⁵⁵ No obstante, reiteramos aquí las consideraciones que ya hemos hecho anteriormente respecto a la significación de esta sentencia y la necesidad de limitar su alcance al caso concreto: el ejercicio de la prostitución de forma autónoma e independiente como resultado de aplicar el principio de no-discriminación por nacionalidad en un Estado miembro (Holanda) donde la prostitución sí está reglamentada como actividad.

4. La tipificación de infracciones y sanciones por ordenanza municipal y la flexibilización del principio de reserva de ley: estado de la cuestión

Tras conocer las líneas fundamentales de la regulación de la prostitución en el ordenamiento español, una rápida recapitulación nos permite enfatizar de nuevo algo que hemos ido apuntando ya desde el inicio de nuestro discurso: el escaso tratamiento que el vigente Derecho Administrativo español hace de este fenómeno parte de una aproximación que atiende principalmente a su consideración como un problema de convivencia ciudadana, materia que se define

53. Así, por ejemplo, las ordenanzas de Barcelona y Sant Antoni de Portmany prohíben el mantenimiento de relaciones sexuales en el espacio público, sin que se exija expresamente la perturbación de la convivencia o la limitación del espacio público. No obstante, mientras en Barcelona sólo se prohíbe esta conducta si media retribución, en el municipio balear la conducta será sancionable con independencia de que exista o no dicha contraprestación.

54. El artículo 6 de su Ordenanza establece que:

“Tendrán la consideración de graves las infracciones de los artículos 4 y 5 que se sancionarán con multa entre setenta y seis euros y doscientos euros. Se calificarán de muy graves las conductas descritas en los artículos 4 y 5 cuando la perturbación afecte gravemente a la seguridad ciudadana o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas, pudiendo ser sancionada con multa entre doscientos un euros y quinientos euros.”

55. Con un planteamiento similar, según www.diariodeibiza.es (junio de 2004), el municipio de Calvià (Illes Balears) ha impuesto también sanciones a las prostitutas por desarrollar su actividad en la calle. En este caso, la Ordenanza de policía y buen gobierno de Calvià no se refiere a la prostitución, sino que prohíbe ejercer cualquier actividad económica en la calle sin licencia municipal. De esta forma, la sanción no es por ejercer la prostitución sino por desarrollar una actividad económica –y así lo es la prostitución según la citada STJCE– sin licencia municipal.

Sobre las posibilidades de someter a licencia municipal la actividad de prostitución, debemos mencionar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 246/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 31 de marzo (ponente: Ilma. Sra. María Pilar Martín Coscolla), la cual admite que la actividad de prostitución es controlable mediante licencia, no sólo por la exigencia del Decreto 217/2002 (en relación con los locales de pública concurrencia), sino también porque “tanto el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, como el Reglamento de obras, servicios y actividades, aprobado por el Decreto 179/1995, de la Generalidad de Cataluña, y la Ley 3/1998, sobre intervención ambiental integral, también de esta comunidad autónoma, así como su Reglamento, aprobado por el Decreto 136/1999, no contienen un *numerus clausus* de las actividades que regulan, ni solamente se aplican a las que se enumeran en sus respectivos anexos o nomenclátor”, sino que “se trata de normativa dirigida a todo tipo de actividad cuyo ejercicio y sus instalaciones ofrezcan riesgos potenciales de incidir negativamente sobre el entorno y, como consecuencia, de afectar a la tranquilidad, salud o seguridad de las personas”. Un comentario a esta sentencia, en VERA FERNÁNDEZ-SANZ, A. “Ejercicio de la prostitución y licencias municipales...”, *op. cit.*, p. 2180-2187.

por un marcado carácter transversal. Los municipios han decidido intervenir para ordenar la prostitución en protección de la tranquilidad y la seguridad de los vecinos.

Y lo han hecho, como también ha quedado dicho, a través de ordenanzas municipales que dicen regular la “convivencia ciudadana” y que se caracterizan por su frecuente recurso al Derecho Administrativo Sancionador. Entre otros factores, esta tendencia responde al nuevo contexto legislativo surgido de la LMMGL, que, a través de la adición de un nuevo título XI a la LBRL, ampara la tipificación de infracciones y sanciones por parte de los entes locales para la ordenación, entre otras materias, de las “relaciones de convivencia de interés local” y “el uso de las vías y espacios públicos”, mediante la aprobación de ordenanzas.

Este contexto devuelve a la primera plana de la actualidad jurídica el clásico debate sobre el alcance del principio de reserva de ley sancionadora en relación con las ordenanzas municipales; debate que se ejemplifica muy claramente en la regulación sobre la prostitución callejera que aquí hemos expuesto. No en vano en los casos expuestos, los municipios aprueban sus propias ordenanzas en las que se tipifican infracciones y se establecen sanciones, con la finalidad de restringir o prohibir determinadas prácticas relacionadas con la prostitución, sin que a primera vista exista una legislación sectorial que dé cumplimiento al mandato de reserva de ley del artículo 25.1 de la CE.

Con el objeto de situar el estado de la cuestión y contextualizar el problema jurídico que pretende-

mos analizar, exponemos a continuación una síntesis de la evolución doctrinal, jurisprudencial y legislativa que ha dado lugar a este nuevo contexto de la potestad sancionadora municipal en su vertiente normativa.

4.1. La tensión entre la reserva de ley y la potestad normativa municipal en el ámbito sancionador: evolución doctrinal, jurisprudencial y legislativa

Como concreción en el ámbito sancionador del principio general de sometimiento a la ley del artículo 103 de la CE, el artículo 25.1 de la CE consagra el llamado *principio de legalidad en materia sancionadora*,⁵⁶ que, según una consolidada jurisprudencia constitucional, se extiende no sólo al ámbito penal sino también al administrativo, como expresión de un único *ius puniendi* del Estado.⁵⁷

Este principio, configurado a su vez como un derecho fundamental, ha visto definido su contenido esencial principalmente a través de la jurisprudencia constitucional, que ha interpretado que el artículo 25.1 de la CE contiene una doble garantía, siendo su manifestación formal la existencia de una reserva de ley en materia sancionadora y la material el necesario respeto al principio de tipicidad de infracciones y sanciones.⁵⁸ Nos centramos aquí en la vertiente formal del principio de legalidad, la cual exige, pues, que la potestad sancionadora de la Administración venga atribuida por una norma con rango de ley⁵⁹ y que también por ley se predeterminen las infracciones y san-

56. Para un estudio más detallado del alcance de este principio con carácter general (y no exclusivamente en el ámbito local), la obra de referencia es la de NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 201 a 370. Asimismo, ver SUAY RINCÓN, J. “La formulación del principio de legalidad en materia sancionadora y sus exigencias: Una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia”, en *Justicia Administrativa*, núm. extraordinario, 2000, p. 7-27. Y más recientemente, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. “La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, 166, enero-abril de 2005, p. 169-199.

57. Esta conclusión se expresa ya en la STC 2/1981, de 30 de enero (ponente: D. Manuel Díez de Velasco Vallejo) y se asienta en la STC 18/1981, de 8 de junio (ponente: D. Rafael Gómez-Ferrer Morant). En esta última, se afirma con claridad que:

“ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, *con ciertos matices*, al Derecho Administrativo Sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad), y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (sentencias de la Sala Cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales.” (La cursiva es nuestra y pretende destacar que, en cualquier caso,

la aplicación de los principios penales no es automática, sino que requiere atender de manera específica a las características del Derecho Administrativo Sancionador.)

58. Es a partir de la STC 42/1987, de 7 de abril (ponente: D. Ángel Latorre Segura), cuando el alto tribunal establece lo que hoy es una consolidada jurisprudencia al respecto de la doble garantía que configura el principio de legalidad sancionadora:

“la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal.”

59. Se entiende ley en sentido amplio o material. El Tribunal Constitucional acepta que bajo la expresión “legislación vigente” del artículo 25.1 de la CE se incluyen normas con rango de ley, aunque no sean estrictamente leyes, como el decreto ley y el decreto legislativo, y que, por tanto, permiten cumplir con la reserva de ley exigida. En cambio, ha negado la posibilidad de que esta reserva sea de ley orgánica.

ciones que pueden ser tipificadas (potestad normativa-reglamentaria) e impuestas (potestad ejecutiva) por la Administración. Es importante señalar que, para el Tribunal Constitucional, esta exigencia formal tiene su fundamento en el “carácter excepcional que los poderes sancionadores en manos de la Administración presentan”, concibiéndose así la reserva de ley como una “forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes”.⁶⁰

Asimismo, es también unánime el alcance relativo de esta reserva en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, sin que sea exigible una reserva absoluta de ley en términos idénticos a los establecidos en el orden penal.⁶¹ En consecuencia, se admite la colaboración reglamentaria en la tipificación de infracciones y sanciones administrativas, siempre que la ley predetermine suficientemente los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, de tal manera que la norma resultante no constituya una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley.⁶²

La traslación de estas consideraciones al ordenamiento jurídico local implica analizar el alcance de la reserva de ley sancionadora en relación con las ordenanzas municipales y, en consecuencia, determinar si es aplicable el esquema tradicional de las relaciones ley-reglamento en los términos en los que acabamos de describirlas o bien éste puede verse modulado por la peculiar configuración de la potestad normativa local.⁶³ En términos generales, podemos avanzar que, de manera progresiva en el tiempo, el principio de reserva de ley en materia sancionadora local ha

sido objeto de flexibilización por parte de la doctrina, primero, y la jurisprudencia, después, de tal manera que finalmente el legislador así lo ha recogido en el título XI de la LBRL. A continuación, apuntamos brevemente algunos de los momentos más destacados en la evolución de este proceso “flexibilizador”, para detenernos finalmente en el alcance de dicha flexibilización en la actualidad.⁶⁴

Hasta la aprobación de la LMMGL, han sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en primer lugar, y la del Constitucional, más tarde, las que han ido definiendo el alcance de la reserva de ley en materia sancionadora en relación con las ordenanzas municipales. Asimismo, es preciso decir que, en buena parte de los casos, los pronunciamientos jurisprudenciales han respondido a las diferentes tendencias doctrinales, que en esta materia han sido notablemente enfrentadas entre sí.

A nivel doctrinal, es sobradamente conocida la polémica, claramente expuesta con motivo de la aprobación del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto), entre las posiciones favorables a una concepción estricta de la reserva de ley y aquellas que apuestan por su flexibilización cuando estamos en presencia de ordenanzas municipales.⁶⁵ Concretamente, las primeras defienden, a la luz de la vinculación positiva al principio de legalidad, que la tipificación de infracciones y sanciones mediante ordenanza exige la habilitación previa y expresa de una ley. En cambio, el segundo posicionamiento, partiendo del criterio de vinculación negativa de los entes locales al principio de legalidad, aboga porque la reserva de ley se vea “relajada”, modulada en el ámbito municipal, en atención al principio de auto-

60. Entre otras, STC 83/1984, de 24 de julio (ponente: D. Francisco Rubio Llorente).

61. “bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de potestades públicas como al carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias, bien, por último, por exigencias de oportunidad.” (STC 42/1987, FJ 2)

62. En este sentido, la propia STC 42/1987, y, entre muchas otras, la STC 61/1990, de 29 de marzo (ponente: D. Carlos de la Vega Benayas), la STC 60/2000, de 2 de marzo (ponente: D. Pablo Cachón Villar), STC 276/2000, de 16 de noviembre (ponente: D. Tomás S. Vives Antón), STC 25/2002, de 11 de febrero (ponente: D. Javier Delgado Barrio) y STC 161/2003, de 15 de septiembre (ponente: D. Javier Delgado Barrio).

63. Las peculiaridades de la potestad normativa local han ocupado buena parte de los esfuerzos de la doctrina especializada en la última década. Entre los resultados, las siguientes monografías: PAREJO ALFONSO, L. *La potestad normativa local*, Diputació de Barcelona-Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 1998; GALÁN GALÁN, A. *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001; BLASCO DÍAZ, J.L. *Ordenanza municipal y Ley*, Diputació de Castelló-Marcial Pons, Madrid, 2001; BELLO PAREDES, S. *Las ordenanzas loca-*

les en el vigente Derecho español. Alcance y articulación con la normativa estatal y autonómica, INAP, Madrid, 2002.

64. Para estudiar con mayor detenimiento este proceso, es forzosa la referencia a la última edición de la obra de NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo...*, op. cit. Asimismo, puede consultarse la reciente monografía de TOSCANO GIL, F. *Autonomía y potestad normativa local*, Comares, Granada, 2006, que en buena parte apuesta también por la necesidad de flexibilizar la reserva de ley ante la peculiaridad de las normas locales.

65. La polémica enfrentó a los profesores E. García de Enterría y A. Nieto en relación con la posibilidad de que el artículo 2.2 del citado Reglamento contuviese la habilitación para que las ordenanzas tipificasen infracciones y sanciones. En contra, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “La problemática puesta en aplicación de la LRJ-PAC: El caso del Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Nulidad radical del Reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal”, en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, 80, 1993, p. 657-677. Favorable a la modulación de la reserva de ley, NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo...*, op. cit. (especialmente en su primera edición de 1993 y la segunda, de 1994).

nomía local y a la legitimidad democrática directa de la asamblea municipal, notas reconocidas y garantizadas por el propio texto constitucional. Con estos argumentos, se dota al principio de reserva de ley de un nuevo fundamento teórico (reserva de procedimiento), según el cual lo que se pretende es garantizar el principio democrático (la transparencia del procedimiento de aprobación de las normas y el respeto a las minorías propio del procedimiento legislativo).⁶⁶

Por su parte, el tratamiento de esta materia por los tribunales contencioso-administrativos había venido enmarcado por la falta de un expreso pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Hasta entonces, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no mostraba una tendencia uniforme respecto a los términos en los que los municipios podían tipificar infracciones y sanciones por medio de ordenanza. Mientras en unos casos se exigía una estricta observancia de la reserva de ley en materia sancionadora local, en otros supuestos, el Tribunal Supremo admitía su flexibilización en atención a diferentes argumentos, tales como la existencia de una relación especial de sujeción, la mera existencia de competencia sectorial en la materia o previsiones genéricas de la normativa básica de régimen local [artículo 4.1.f) o artículo 2.1.f) de la LBRL o artículo 59 del TRRL].⁶⁷

Como hemos apuntado, no fue hasta la STC 132/2001,⁶⁸ en que el Tribunal Constitucional se ocupó de la relación entre la reserva de ley en materia sancionadora y las ordenanzas municipales.⁶⁹ La pretensión del Tribunal Constitucional fue, pues, la de fijar en esta materia la “doctrina constitucional” y poner fin a la polémica existente sobre la posibilidad de tipificar infracciones y establecer sanciones por parte de las ordenanzas municipales.⁷⁰ Para ello, el Tribunal Constitucional trae a colación la STC 233/1999, de 13 de diciembre (ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar), en la que por primera vez había procedido a flexibilizar la reserva de ley en materia tributaria en relación con el establecimiento de los tributos loca-

les por medio de ordenanza municipal. En concreto, dicha flexibilización se fundamenta en dos argumentos que ya venía exponiendo la doctrina: primero, la legitimidad democrática directa que caracteriza las ordenanzas municipales, al ser aprobadas por el Pleno del ayuntamiento, órgano democráticamente elegido; y segundo, la autonomía municipal –constitucionalmente reconocida por los artículos 137 y 140 de la CE– que impide que la ley agote la regulación en una materia donde está “claramente presente el interés municipal”. En cualquier caso, esta flexibilización no elimina la exigencia de una previa habilitación legal para establecer tributos locales, ni tampoco permite las remisiones legales en blanco.

Siguiendo esta misma línea argumental, y a pesar de que el Tribunal Constitucional advierte que la reserva de ley sancionadora es más estricta que la tributaria, a través de la referida STC 132/2001, el Tribunal Constitucional admite la existencia de una flexibilización de la reserva de ley en materia sancionadora (artículo 25.1 de la CE) siempre que se trate de “materias donde, por estar presente el interés local, exista un amplio campo para la regulación municipal” y “la norma sea aprobada por el Pleno del ayuntamiento” (FJ 6). En estos casos, la flexibilización supone que el legislador no tenga que definir específicamente cada tipo de ilícito y cada sanción en una norma con rango de ley, si bien no significa que la ley se pueda inhibir en la tipificación de infracciones y sanciones. Seguidamente, el Tribunal Constitucional expone cómo se concreta dicha flexibilización en relación con las infracciones y las sanciones.

En cuanto a la tipificación de infracciones, la ley debe fijar los “criterios mínimos de antijuridicidad según los cuales cada ayuntamiento puede establecer los tipos de infracciones” (FJ 6). No se trata ni tan siquiera de una definición de los tipos genéricos de infracciones a completar después por la ordenanza municipal, sino de “criterios que orienten y condicionen la valoración de cada municipio a la hora de esta-

66. Ver NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo...*, op. cit., p. 258-259, y GALÁN GALÁN, A. *La potestad normativa...*, op. cit., p. 214 y ss. También, a favor de esta modulación de la reserva de ley y la vinculación negativa de los entes locales al principio de legalidad, ver el Dictamen del Consejo de Estado 1749/94, de 23 de febrero de 1995.

67. Una sistematización de la evolución de la jurisprudencia contenciosa en esta materia antes del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en VELASCO CABALLERO, F. y DíEZ SASTRE, S. “Ordenanzas municipales y reserva de ley”, *Cuadernos de Derecho Local*, 5, Barcelona, 2004, p. 52-54, y DOMÉNECH PASCUAL, G. “La tipificación de infracciones y sanciones por las entidades locales”, *Revista General de Derecho Administrativo. Iustel*, 6, 2005, p. 2-6.

68. STC 132/2001, de 8 de junio (ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar).

69. La importancia de esta sentencia se observa también en la multitud de comentarios doctrinales de los que ha sido objeto.

Entre ellos, destacamos, por ejemplo, ORDUÑA PRADA, E. “Ordenanza municipal y potestad sancionadora: La sorprendente concisión de la STC 132/2001, de 8 de junio”, en *Revista de Estudios de Administración Local*, 286-287, 2001, p. 363-384, y BELLO PAREDES, S.A. “La reserva de ley en el ámbito sancionador local, ¿estamos ante el comienzo del fin de una larga disputa?”, *Revista de Estudios de Administración Local*, 286-287, p. 281-303. Además, también es objeto de interesantes reflexiones, en las obras citadas en la nota anterior y en los diversos artículos que a partir de 2001 tratan el tema de la reserva de ley sancionadora y su proyección en el ámbito local.

70. Esta vocación de establecer doctrina es destacada por VELASCO CABALLERO, F. y DíEZ SASTRE, S. “Ordenanzas municipales y reserva de ley”, op. cit., p. 55-56. No obstante, ORDUÑA PRADA critica el excesivo laconismo con que el Tribunal Constitucional trata el problema (“Ordenanza municipal y...”, op. cit.).

blecer los tipos de infracción" (FJ 6). Por otro lado, en cuanto al establecimiento de sanciones, la ley debe prever al menos las clases de sanciones que pueden contener las ordenanzas municipales. No se exige que una ley establezca una clase específica de sanciones, pero sí es necesaria la previsión de una relación de las posibles sanciones que pueda imponer el municipio en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que el mismo tipifique.

De acuerdo con esta doctrina, el Tribunal Constitucional concluye que ni el artículo 4.1.f) de la LBRL ni el 59 del TRRL⁷¹ son fundamento legal suficiente para justificar la tipificación de infracciones y sanciones por ordenanza municipal, ya que de estos preceptos no se extrae ningún criterio material que oriente la tipificación de ilícitos administrativos y no se gradúan las sanciones en función de la antijuridicidad de los ilícitos. El Tribunal incide, por tanto, en la necesidad de diferenciar entre la atribución a los municipios de competencias sobre un ámbito sectorial y la atribución de la potestad para tipificar infracciones y sanciones en dicho ámbito, negando expresamente que la mera atribución de competencias sobre una materia contenga la automática atribución de la potestad sancionadora en su vertiente normativa.

Esta doctrina constitucional ha sido reiterada por las sentencias en que posteriormente el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de volver sobre este tema;⁷² doctrina que algunos de estos pronunciamientos han venido a concretar, estableciendo ciertas exigencias respecto a la práctica administrativa, que no podemos dejar de mencionar. En este sentido, nos

71. El artículo 4.1.f) de la LBRL se limita a atribuir al municipio, como administración territorial y en el marco de sus competencias, la potestad sancionadora. Mientras que el artículo 59 del TRRL, tras su modificación por la disposición adicional única de la Ley 11/1999, establecía que:

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

72. STC 161/2003, de 15 de septiembre (ponente: D. Javier Delgado Barrio); STC 193/2003, de 27 de octubre (ponente: D. Javier Delgado Barrio); STC 16/2004, de 23 de febrero (ponente: D. Manuel Jiménez de Parga); STC 25/2004, de 26 de febrero (ponente: D^a. Elisa Pérez Vera). La más reciente de las sentencias en reiterar la necesidad de cobertura legal, de nuevo ante un caso de licencia de auto-taxi, es la STC 232/2006, de 17 de julio (ponente: D. Javier Delgado Barrio).

73. STC 161/2003, de 15 de septiembre (ponente: D. Javier Delgado Barrio). Una crítica a esta exigencia, por "exageradamente formalista", en JIMÉNEZ ASENSIO, R. "Potestad normativa municipal", *op. cit.*, p. 49.

74. El argumento de fondo de esta posición discrepante se puede resumir en la siguiente idea: el hecho de considerar inaplicable una ordenanza por la falta de cobertura legal cuando se

parece relevante destacar la exigencia de que la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento sancionador deba identificar, expresa o implícitamente, ya no únicamente los preceptos de la ordenanza municipal en los que se contiene la sanción, sino también el "fundamento legal" de dicha sanción.⁷³

La STC 132/2001 contó con un voto particular del magistrado Garrido Falla, al que se adhirió el presidente del Tribunal (D. M. Jiménez de Parga y Cabrera), que ya permitía adivinar que la vocación de permanencia del criterio adoptado por el Tribunal Constitucional no tardaría en ser cuestionada.⁷⁴ E iba a serlo por el propio Tribunal Supremo, que, si bien en un primer momento pareció asumir las líneas definidas por el Tribunal Constitucional,⁷⁵ en su STS de 29 de septiembre de 2003 rompió claramente con ellas.⁷⁶

El Tribunal Supremo parte de una detallada exposición del contexto normativo y jurisprudencial en materia de tipificación de infracciones y sanciones por ordenanza municipal. Según el Tribunal Supremo, este contexto conduce a que, en los casos en que, tratándose de una competencia de estricta competencia local, no existe una ley habilitante para tipificar infracciones y sanciones, "las ordenanzas municipales resultan inaplicables y la potestad normativa de los entes locales menoscabada o disminuida" (FJ 3, STS de 29 de septiembre). En consecuencia, se afirma que la privación a los municipios de la posibilidad de tipificar infracciones e imponer sanciones vulnera el principio de autonomía local, de acuerdo con su definición en la Carta Europea de la Autonomía Local, puesto que, si se otorga la potestad reglamentaria a las entidades

trata de una ordenanza que establece infracciones y sanciones supone que a los posibles infractores les estará todo permitido, ya que "en el Estado de Derecho lo que no está prohibido, está permitido" (voto particular, STC 132/2001). Por eso, se reclama una mayor flexibilización de la reserva de ley tanto en las relaciones especiales de sujeción y las relaciones generales de poder, como en los ámbitos de competencia municipal previstos por el artículo 25 de la LBRL.

75. Así, por ejemplo, la STS de 4 de febrero de 2002 (ponente: Excmo. Sr. M. Baena del Alcázar) (RJ 2002/2911), STS de 6 de junio de 2003 (ponente: Excmo. Sr. M. Baena del Alcázar) (RJ 2003/6857) o la STS de 10 de junio de 2003 (ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García) (RJ 2003/5628).

76. (Ponente: Excmo. Sr. Mariano Baena del Alcázar). Un comentario a esta sentencia, en TOSCANO GIL, F. "La recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de la vinculación negativa de la ordenanza local al principio de legalidad sancionadora", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, 54, 2004. Asimismo, es preciso apuntar que el criterio de esta sentencia ha sido reiterado por la STS de 3 de diciembre de 2003 (ponente: Excmo. Sr. M. Baena del Alcázar). Eso viene a confirmar que la doctrina que a continuación expondremos en el texto no es fruto de una sentencia aislada, sino que existe una clara voluntad por parte de la Sala 4^a del Tribunal Supremo de fijar unos criterios concretos en la tipificación de infracciones y sanciones por ordenanzas municipales.

locales para ordenar los asuntos públicos de su competencia pero no se deduce ninguna consecuencia jurídica del incumplimiento de aquella ordenación, los entes locales no tienen una capacidad efectiva para llevar a cabo dicha ordenación. Se insiste, pues, en la idea del voto particular de la STC 132/2001 acerca de la necesidad de las sanciones para la eficacia de las ordenanzas municipales.⁷⁷

En otros términos, según el Tribunal Supremo, lo que se plantea en esta materia es un conflicto entre la autonomía local y el principio de reserva de ley del artículo 25.1 de la CE. Y ante dicho conflicto, la solución debe ser –siempre según el Tribunal Supremo– la de flexibilizar el principio de reserva de ley, incluso más allá de la modulación establecida por la jurisprudencia constitucional dos años antes. Así, permite que las ordenanzas tipifiquen infracciones y establezcan sanciones, a pesar de la falta de una ley habilitante, siempre y cuando se respeten los límites siguientes: 1) no exista tipificación en una ley estatal o autonómica; las ordenanzas nunca pueden ser contrarias a las mencionadas leyes; 2) debe tratarse de materias que afecten a “la ordenación del uso de bienes o de organización de servicios que supongan potestades implícitas” o aquellos casos de competencia compartida en los que el Estado o las comunidades autónomas no hayan hecho uso de su potestad legislativa con esa finalidad; 3) sólo se pueden regular sanciones pecuniarias (aplicadas según el artículo 59 del TRLL); 4) se deben respetar los principios de proporcionalidad y audiencia al interesado, y 5) “la sanción a imponer debe ponderarse en función de la gravedad del ilícito valorada según las características demográficas, económicas y sociales del municipio” (FJ 4 *in fine*, STS de 29 de septiembre de 2003).

Como puede advertirse fácilmente, la contradicción entre la jurisprudencia constitucional y la contenciosa supuso reavivar de nuevo la polémica respecto al grado de flexibilidad de que debe ser objeto

la reserva de ley sancionadora en el caso de las ordenanzas municipales.

En este sentido, la posición del Tribunal Supremo ha sido objeto de críticas doctrinales diversas.⁷⁸ En primer lugar, se ha objetado que resolver este conflicto en favor de la autonomía local, eliminando la virtualidad de la reserva de ley, atenta contra el principio de unidad de la Constitución (según el cual la aplicación de un principio determinado no puede dejar sin contenido ni efectos otro principio constitucional). Adicionalmente, se ha dicho que este posicionamiento vulnera el contenido esencial del derecho fundamental a la reserva de ley sancionadora (artículo 25.1 de la CE), puesto que se ha llevado su flexibilización más allá de la operada en otros ámbitos que no tienen dicho carácter (como el ámbito tributario). Finalmente, se ha puesto de manifiesto que la doctrina del Tribunal Constitucional vincula al Tribunal Supremo, con lo cual éste no puede obviar lo establecido por el máximo intérprete constitucional a partir de su STC 132/2001.

En contraposición, la tesis del Tribunal Supremo tiene también sus defensores, que argumentan que la reserva de ley exigida por el artículo 25.1 de la CE puede ser cumplida por cualquier otra norma democráticamente producida en aquellos órganos que carecen de una asamblea con potestades legislativas, como sería el caso de las ordenanzas aprobadas por el Pleno municipal. Y en consecuencia, propugnan una flexibilización absoluta de este principio que permita hacer efectiva la autonomía municipal.⁷⁹

4.2. El nuevo título XI de la Ley de bases de régimen local

En el marco del contexto doctrinal, jurisprudencial y legislativo que acabamos de exponer, las modificaciones operadas por la LMMGL surgen con el objetivo de zanjar definitivamente la cuestión.⁸⁰ En concreto, se modifican, por un lado, los artículos 127.1 y 129.1 de la

77. VELASCO CABALLERO, F. y Díez SASTRE, S. “Ordenanzas municipales...”, *op. cit.*, p. 59.

78. Las más recientes, en VELASCO CABALLERO, F. y Díez SASTRE, S. “Ordenanzas municipales...”, *op. cit.*; DOMÉNECH PASCUAL, G. “La tipificación de infracciones...”, *op. cit.*, y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. “La reserva de ley en materia sancionadora...”, *op. cit.*

79. Al frente de esta defensa, NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo...*, *op. cit.* También, recientemente, JIMÉNEZ ASENSIO, R. “Potestad normativa...”, *op. cit.*, y CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. “Sobre la potestad sancionadora municipal”, en *Cuadernos de Derecho Local*, 6, 2004, p. 131-142. Trabajo también publicado en CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. (coord.), *La modernización del gobierno local*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 149-168.

80. La exposición de motivos de la LMMGL lo deja bien claro:

“el nuevo título XI de la LRBRL viene a tratar otro aspecto ineludible del régimen jurídico de las entidades locales, al regular la tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales

en determinadas materias. En efecto, no podía demorarse por más tiempo la necesidad de colmar la laguna legal que existe en materia de potestad sancionadora municipal en aquellas esferas en las que no encuentren apoyatura en la legislación sectorial, estableciendo criterios de tipificación de las infracciones y las correspondientes escalas de sanciones para que las funciones de esta naturaleza se desarrollen adecuadamente, de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad adaptadas a las singularidades locales, y siempre en defensa de la convivencia ciudadana en los asuntos de interés local y de los servicios y el patrimonio municipal, conforme a la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio. Esta regulación se completa con la necesaria modificación de los artículos 127.1 y 129.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.”

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC), a la vez que se incorpora a la LBRL un nuevo título, el XI, relativo a la "Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias".

Por su parte, las modificaciones de la normativa de procedimiento tienen por objeto singularizar el alcance de la reserva de ley para las administraciones locales, limitando la aplicación de los artículos 127 y 129, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, a los entes públicos titulares de la potestad legislativa (Estado y comunidades autónomas), por lo que las ordenanzas municipales pasarán a regirse en primer término por lo establecido en la normativa de régimen local (título XI de la LBRL).

Aunque con una regulación un tanto ambigua que deja abiertos todavía algunos interrogantes,⁸¹ la regulación del título XI de la LBRL (artículos 139 a 141) ha permitido cubrir una importante laguna en el ámbito del Derecho local español, incorporando en buena medida la jurisprudencia de la STC 132/2001, que hemos descrito más arriba, sobre el alcance de la reserva de ley sancionadora en relación con las ordenanzas.

En concreto, el artículo 139 de la LBRL admite la tipificación de infracciones y sanciones por parte de las entidades locales, en defecto de legislación sectorial específica, en una serie de materias de interés local

("relaciones de convivencia de interés local" y "uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos").⁸² Serán, pues, exclusivamente éstos los supuestos en los que el legislador local ha decidido flexibilizar la reserva de ley sancionadora con carácter general.⁸³ En cualquier caso, este artículo parece amparar las ordenanzas municipales que tipifiquen infracciones y sanciones en un ámbito material mucho más amplio incluso que el definido por la STS de 29 de septiembre de 2003 (sólo referido al dominio público y a los servicios públicos).⁸⁴ Por tanto, parece difícil que puedan darse supuestos de ordenanzas tipificadoras de infracciones y sanciones que no se incluyan en alguno de estos genéricos ámbitos materiales.⁸⁵ No obstante, no significa que, con la simple inclusión de la ordenanza en una de estas materias, se cumplan las exigencias del principio de reserva de ley. Hay que tener en cuenta que la flexibilización de la reserva de ley en los términos de la LBRL sólo operará en defecto de normativa sectorial específica y siempre que se cumplan los criterios de los artículos 140 y 141 de la LBRL.

De este modo, la tipificación de las infracciones por los entes locales deberá hacerse de acuerdo con los criterios mínimos de antijuridicidad establecidos en el artículo 140.⁸⁶ En este punto, se ha criticado la ambigüedad y generalización excesiva del legislador al establecer estos criterios. En nuestra opinión, si

81. En este sentido, ver, por todos, las críticas de VELASCO CABALLERO, F. y Díez SASTRE, S. "Ordenanzas municipales...", *op. cit.*, p. 60 y 61, y NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo...*, *op. cit.*, p. 340-350.

82. En concreto el artículo 139 de la LBRL establece que:

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

83. Nótese que siempre cabrá la posibilidad de que una ley sectorial prevea esta posibilidad.

84. Al respecto, A. Nieto ha afirmado que conceptos como "relaciones de convivencia de interés local" "roza(n) la evanescencia, probablemente deliberada, que concede un enorme margen de maniobra a los entes locales donde se integran las anteriores franquicias de relaciones de sujeción especial, de uso de dominios y de organización de servicios públicos". NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo...*, *op. cit.*, p. 341.

85. VELASCO CABALLERO, F. y Díez SASTRE, S. "Ordenanzas municipales...", *op. cit.*, p. 59.

86. El artículo 140 de la LBRL dispone que:

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

"Serán muy graves las infracciones que supongan:

"a) Una perturbación relevante de la convivencia que afecte de manera grave, inmediata y directa a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas, al normal desarrollo de

actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable o a la salubridad u ornato públicos, siempre que se trate de conductas no subsumibles en los tipos previstos en el capítulo IV de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bien es cierto que la redacción del precepto podía haber gozado de mayor sistemática, parece que el legislador no podía hacer otra cosa más que ser genérico, puesto que, por un lado, actúa para establecer las “bases” en esta materia (en virtud del 149.1.18 de la CE)⁸⁷ y, por otro, la STC 132/2001 no exigía la necesidad de establecer un tipo legal de infracción, sino simplemente unos “criterios orientadores” que permitan el ejercicio de la potestad normativa autónoma local, más allá del mero desarrollo legislativo. En cualquier caso, como veremos, esta generalización provocará ambigüedades interpretativas y, en consecuencia, inseguridad jurídica para los municipios.

Por otra parte, el establecimiento de sanciones por parte de los entes locales deberá respetar las clases de sanciones y sus graduaciones en los términos previstos por el artículo 141 de la LBRL.⁸⁸ Advertimos en este aspecto que la LBRL sólo dará cobertura legal a las sanciones económicas (multas), salvo que una norma con rango de ley establezca otra cosa. Algunos autores⁸⁹ han criticado que la reforma no haya incluido la cobertura genérica de sanciones diferentes a las de tipo económico (revocaciones o suspensiones temporales de licencias) ni la posibilidad de imponer medidas alternativas a las sanciones.⁹⁰ Por otra parte, tampoco ha previsto la LBRL la distinción de las cuantías económicas a imponer por los municipios en función de tramos poblacionales.

En definitiva, el legislador básico rechaza –en consonancia con el Tribunal Constitucional y a diferencia del Tribunal Supremo– que los municipios puedan tipificar infracciones y sanciones *ex novo*, sin que al menos se respeten los principios establecidos por la LBRL, aunque se trate de materias típicamente locales, como las que recoge el artículo 139 de la LBRL (relaciones de convivencia de interés local, uso de servicios y espacios públicos). Tras la entrada en vigor de esta reforma legal, un municipio que pretenda tipificar infracciones y sanciones mediante ordenanza en una determinada materia deberá afrontar,

pues, situaciones distintas, según exista o no ley sectorial específica en dicha materia.

En primer lugar, si existe una ley sectorial (estatal o autonómica) que regule la materia, la norma municipal se verá vinculada por lo dispuesto en esa ley. No obstante, y a los efectos de ejercer su potestad normativa sancionadora, dicha vinculación puede ser distinta en función del alcance material de la regulación legal. Así, podemos distinguir los siguientes casos:

a) Existencia de ley sectorial que tipifique las infracciones y establezca las sanciones en esa materia para el ámbito local con tal grado de detalle que agote las posibilidades de desarrollo por el municipio. En este sentido, la ordenanza resulta superflua.⁹¹

b) Existencia de ley sectorial que establezca únicamente los criterios mínimos de antijuridicidad de las infracciones y los tipos de sanciones posibles en el ámbito local. En estos casos, la ordenanza municipal tendrá amplio margen para regular infracciones y sanciones, más allá de la mera colaboración normativa, eso sí, con el límite del respeto al contenido de estos criterios orientadores establecidos en la ley.

c) Existencia de dicha ley sectorial pero que no regule las infracciones y sanciones para los entes locales. Como ha señalado la doctrina, aquí caben dos interpretaciones.⁹² Una interpretación restrictiva, que supondría entender que ha sido voluntad del legislador no regular infracciones y sanciones para el ámbito local y que, en consecuencia, no es posible su tipificación por ordenanza municipal, puesto que se vulneraría el principio de reserva de ley sancionadora. Asimismo, cabe también una interpretación amplia, que subsumiría estos supuestos en la expresión “en defecto de normativa sectorial específica” del artículo 139 de la LBRL y que, por tanto, remitiría la actuación de la ordenanza municipal a lo establecido en el título XI de la LBRL.

Por otra parte, es posible que no exista ley sectorial específica en la materia a regular por ordenanza. En estos casos, de conformidad con lo previsto en el

87. VELASCO CABALLERO, F. y DÍEZ SASTRE, S. “Ordenanzas municipales...”, *op. cit.*, p. 59.

88. El artículo 141 de la LBRL establece que:

“Salvo previsión legal distinta, las multas por infracción de ordenanzas locales deberán respetar las siguientes cuantías: Infracciones muy graves: hasta 3.000 euros. Infracciones graves: hasta 1.500 euros. Infracciones leves: hasta 750 euros.”

89. HERNÁNDEZ LÓPEZ, J. “Sobre la nueva potestad sancionadora municipal a la luz de la Ley 57/2003”, *Revista de Estudios Locales*, 71, febrero de 2004, p. 51.

90. Al respecto, cabe señalar que el borrador de Anteproyecto de ley básica del gobierno y la administración local (versión de noviembre de 2006) sí prevé, en su artículo 35.5, que:

“Las multas podrán sustituirse, previo consentimiento expreso del afectado, por trabajos de valor equivalente para la comunidad

local y proporcionales a la gravedad de la infracción, cuando así lo acuerde el órgano sancionador en los términos previstos en las ordenanzas locales.”

91. NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo...*, *op. cit.*, p. 322. El propio Nieto cita a Rebollo Puig, quien afirma que este grado de tipificación legal supone la ilegalidad de la ordenanza que se limita a duplicar de forma absoluta la ley. Pero, desde otra perspectiva, nos preguntamos si no podría existir en este caso una vulneración de la autonomía local, al atentarse contra el ámbito reservado a la potestad normativa municipal.

92. HERNÁNDEZ LÓPEZ, J; “Sobre la nueva potestad sancionadora...”, *op. cit.*, p. 45. En términos similares, NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo...*, *op. cit.*, p. 345-346.

93. MERINO ESTRADA, V. “Las nuevas ordenanzas municipales...”, *op. cit.*, p. 485-486.

artículo 139 de la LBRL deberá atenderse a la regulación del título XI de la LBRL. Para poder tipificar infracciones y establecer sanciones mediante ordenanza, deberán cumplirse los requisitos establecidos en los artículos 139 a 141 de la LBRL, que acabamos de analizar. Fuera de los supuestos y condiciones recogidos en estos preceptos no cabrá la tipificación de infracciones y sanciones por los entes locales.

Expuesto a grandes rasgos el estado de la cuestión respecto a la potestad de los entes locales para tipificar infracciones y sanciones por medio de ordenanza, podemos concluir que la aprobación del título XI no es sino la culminación en el nivel legislativo de un largo proceso de reflexión y debate doctrinal y jurisprudencial, que ha supuesto un importante impulso para la actividad normativa local en los últimos años. Así lo demuestra el fenómeno que venimos analizando aquí: la proliferación de ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana, que se caracterizan, como ya hemos visto, por un marcado recurso a la potestad sancionadora.

No obstante, la diversidad de valoraciones que se han hecho hasta el momento sobre la reforma operada por la LMMGL en este punto pone de manifiesto que el debate no está todavía cerrado. Así, por ejemplo, mientras que en unos casos se califica el nuevo título XI como un importante instrumento para hacer avanzar las políticas locales,⁹³ en otros casos se pone el acento en las lagunas que contiene dicha regulación y se afirma incluso que no daría cobertura legal a muchos de los supuestos que fueron origen de los pronunciamientos judiciales que hemos analizado.⁹⁴

En las páginas siguientes, intentamos poner de relieve algunos de los interrogantes que plantea la aplicación de este título XI a la hora de ejercer la potestad sancionadora en su vertiente normativa, a partir de un caso concreto como es el de la Ordenanza de convivencia aprobada por el municipio de Barcelona y en un ámbito material determinado, el de la prostitución ejercida en el espacio público.

5. El caso del municipio de Barcelona

Una vez conocido el contexto normativo en el que se ha aprobado la regulación barcelonesa relativa a la prostitución en el espacio público y el alcance del

principio de reserva de ley sancionadora en relación con las ordenanzas municipales en general, nos disponemos a analizar en qué medida la concreta regulación aprobada por el municipio de Barcelona responde a las exigencias constitucionales del principio de reserva de ley sancionadora. En otras palabras, nos preguntamos si existe una ley formal que dote de cobertura suficiente, en los términos requeridos por el artículo 25.1 de la CE, la tipificación de infracciones y sanciones que la Ordenanza de convivencia aprobada por el Ayuntamiento de Barcelona realiza en el ámbito del ofrecimiento y demanda de servicios sexuales en el espacio público. Sin embargo, para dar respuesta a esta pregunta, es necesario dar cuenta antes de la concreta regulación que el Ayuntamiento de Barcelona ha hecho respecto a la prostitución.

5.1. La regulación de “la utilización del espacio público para el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales” en la Ordenanza de convivencia de Barcelona

En el marco del Plan piloto integral para afrontar la realidad del trabajo sexual en la ciudad de Barcelona, el Ayuntamiento de Barcelona ha establecido entre sus objetivos prioritarios en esta materia “ordenar el uso de la vía pública”. De acuerdo con este objetivo y en el marco de su finalidad genérica,⁹⁵ la citada Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona dedica la sección segunda del capítulo V (“Otras conductas en el espacio público”) de su título II a la regulación de “la utilización del espacio público para el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales” (artículos 38 a 41).

La redacción de estos preceptos sigue la estructura propia de todo el título II,⁹⁶ de acuerdo con una técnica normativa que podríamos calificar de novedosa en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador y con claras influencias de la técnica legislativa penal. En primer lugar, se identifican los fundamentos legales de la regulación, mediante la enumeración de los bienes jurídicos objeto de protección (artículo 38). Después, se establecen las normas de conducta a respetar por los ciudadanos (artículo 39), en forma de deberes, limitaciones y esencialmente prohibiciones. El siguiente paso

94. LASAGABASTER HERRATE, I. “La potestad sancionadora local en la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local”, *Revista de Administración Pública*, 68, 2004, p. 170-171. Señala, por ejemplo, la dificultad para subsumir en los criterios del artículo 140 de la LBRL los casos de actuaciones contrarias al medio ambiente o el incumplimiento de obligaciones establecidas en licencias.

95. La finalidad principal de esta ordenanza es, de acuerdo con su propia exposición de motivos y con su artículo 1.1:

“preservar el espacio público [del municipio de Barcelona] como lugar de convivencia y civismo, donde todas las personas puedan desarrollar en libertad sus actividades de libre circulación, ocio, encuentro y recreo, con pleno respeto a la dignidad y a los derechos de los demás y a la pluralidad de expresiones culturales, políticas, lingüísticas, religiosas y de formas de vida diversas existentes en Barcelona.”

96. Que lleva por rúbrica “Normas de conducta en el espacio público, infracciones, sanciones e intervenciones específicas”.

supone la delimitación de un régimen de infracciones y sanciones (artículo 40), a aplicar en caso de incumplimiento de las normas de conducta anteriores. Finalmente, se prevén una serie de intervenciones específicas (artículo 41), fundamentalmente de carácter social, destinadas a las personas que ejercen el trabajo sexual. A su vez, para obtener un análisis ajustado del régimen sancionador en este ámbito material específico –así como en cualquier otro de los previstos en la Ordenanza–, no podemos olvidar las previsiones del título III de la Ordenanza, que se refiere a las “disposiciones comunes sobre régimen sancionador y de medidas de aplicación” y que, en consecuencia, orientarán la interpretación de las previsiones de los artículos 38 a 41.

5.1.1. **Ámbito material de la regulación: bienes jurídicos protegidos**

Como ya hemos dicho, la convivencia ciudadana es una materia transversal que afecta a un sinnúmero de sectores y en consecuencia de bienes jurídicos a proteger por el municipio. En su voluntad de ordenar la convivencia ciudadana, el Ayuntamiento de Barcelona ha optado por regular el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales en el espacio público. Por tanto, la adecuada comprensión del alcance de esta regulación debe partir de una idea previa: la Ordenanza no quiere ser una regulación de la prostitución genéricamente considerada (puesto que seguramente el municipio no tendría título competencial para hacerlo), sino que la intervención normativa municipal pretende limitarse a establecer una regulación de la ocupación del espacio público para realizar las actividades de ofrecimiento y demanda de servicios sexuales (artículo 38.2). Así entendida, la Ordenanza quiere tipificar infracciones y establecer sanciones en la medida en que las conductas contempladas perjudiquen la *convivencia ciudadana* y el *uso adecuado de los espacios públicos*. No obstante, el artículo 38.1, al definir los fundamentos legales de la regulación, enumera una serie de bienes jurídicos que parecen ir más allá de este propósito y se refiere, junto a la protección de la convivencia y la vialidad del tránsito público, a la protección de los menores o la lucha contra la explotación de determinados colectivos.

5.1.2. **Tipificación de infracciones y sanciones**

A continuación, sistematizamos el concreto régimen de infracciones y sanciones previsto en los

artículos 39 y 40, con la finalidad de exponer el contenido normativo al que buscar una cobertura legal suficiente.

En primer lugar, el artículo 39.1 prohíbe “ofrecer, solicitar, negociar o aceptar, directa o indirectamente, servicios sexuales retribuidos en el espacio público cuando estas prácticas excluyan o limiten la compatibilidad de los diferentes usos del espacio público”. El incumplimiento de dicha prohibición conlleva, de conformidad con el artículo 40.1, el requerimiento por parte de los agentes de la autoridad de cesar en dicho comportamiento y, si la persona persiste y no abandona el lugar, puede ser sancionada por “desobediencia a la autoridad”. En este caso, pues, la sanción administrativa se deriva del incumplimiento del requerimiento previo, y no del quebrantamiento de la norma de conducta del artículo 39.1. Por tanto, debemos entender que lo que hace el artículo 40.1 es una remisión⁹⁷ al 79.1.d), donde se prohíbe “el incumplimiento de las órdenes o los requerimientos específicos formulados por las autoridades municipales o sus agentes”. El apartado 2 del artículo 79 califica dicha conducta como infracción muy grave y prevé una sanción de multa entre 1.500,01 y 3.000 euros.

Por otra parte, el artículo 39.2 prohíbe el ofrecimiento, la solicitud, la negociación o la aceptación de servicios sexuales en el espacio público, si bien esta vez no se condiciona a la limitación de los diferentes usos del espacio público sino a que su realización se produzca “en lugares situados a menos de doscientos metros de centros docentes o educativos en los que se impartan enseñanzas del régimen general del sistema educativo, en cualquiera de sus niveles o ciclos”. La inobservancia de dicha prohibición implicará el apercibimiento previo por parte de los agentes de la autoridad. Pero, si la persona persiste, se iniciará –dice el artículo 40.2.primer– “el correspondiente procedimiento administrativo sancionador”. El tercer párrafo del mismo artículo 40.2 califica las conductas del 39.2 de infracciones leves, que serán sancionables con multa de hasta 750 euros.

Finalmente, según el artículo 40.3 de la Ordenanza, la conducta tipificada en el 39.3 (“mantener relaciones sexuales mediando retribución por ellas en el espacio público”) será calificada como infracción muy grave y sancionada con multa de entre 1.500,01 y 3.000 euros.

97. Una técnica ciertamente criticable desde la perspectiva del principio de tipicidad y de la seguridad jurídica, puesto que va en detrimento de la “predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones administrativas” que exige el principio de legalidad (ya desde la STC 42/1987, de 7 de abril). En cualquier caso,

dejamos este análisis para otra ocasión, puesto que el objeto de este trabajo se centra en la reserva de ley, como garantía formal del principio de legalidad y la tipicidad es la manifestación material de dicho principio.

5.2. La Ordenanza de convivencia de Barcelona y el principio de reserva de ley sancionadora. Cobertura legal específica de la regulación sobre “la utilización del espacio público para el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales”

Para dar respuesta a la cuestión acerca de la cobertura legal de la regulación que acabamos de describir, lo primero será identificar cuáles son las normas que eventualmente pueden habilitar al municipio de Barcelona a tipificar infracciones y sanciones en el concreto ámbito material definido. En segundo término, deberemos analizar si cada una de las normas identificadas cumple o no con los requisitos del artículo 25.1 de la CE. Recordamos aquí que el resultado de dicho análisis puede variar según adoptemos como parámetro la jurisprudencia constitucional o la del Tribunal Supremo, puesto que el criterio para flexibilizar la reserva de ley es, como ya hemos explicado, distinto en uno y otro caso.

Una vez constatada la existencia de una ley de cobertura en dichos términos, se requiere que las infracciones y sanciones tipificadas por la Ordenanza se adecuen a los criterios orientadores y a los tipos de sanciones regulados por dicha ley de cobertura. En consecuencia, será necesario contrastar si el contenido concreto de lo dispuesto por la Ordenanza en sus artículos 39 y 40 responde o no a la orientación ofrecida por esa predeterminación legal. Finalmente, en el caso de que se identifique más de una norma que sirva de cobertura suficiente, será necesario delimitar cómo se articulan las

diferentes coberturas legales, de conformidad con el sistema de fuentes.⁹⁸

5.2.1. Identificación de las normas de cobertura

De acuerdo con el procedimiento que acabamos de definir, identificamos en primer lugar cuáles son las normas con rango de ley que pueden dotar de cobertura la normativa municipal relativa a la prostitución en el espacio público. Para ello, partiremos del propio texto de la Ordenanza de convivencia, que, consciente de la necesidad de cumplir con el principio de reserva de ley, hace hincapié en su fundamentación legal.

Ya anunciada en su exposición de motivos,⁹⁹ dicha fundamentación legal se incorpora al articulado mediante la previsión del artículo 2, que enumera las normas jurídicas que pretenden dotarla de cobertura.¹⁰⁰ Sistematizando el contenido de ambas previsiones, la Ordenanza dice ampararse en la Carta Municipal de Barcelona de 1998, aprobada por la Ley catalana 22/1998, de 30 de diciembre (en adelante LCMB), en la normativa general de régimen local, que comprende tanto la normativa estatal básica (principalmente la LBRL) como la autonómica de desarrollo (en el caso de Cataluña, el Decreto legislativo 2/2003, que aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña), así como en las leyes sectoriales específicas de cada ámbito material. Asimismo y a pesar de que la Ordenanza no la cita expresamente, hay que atender a la eventual cobertura que pueda ofrecer la Ley 1/2006, de 13 de marzo, del régimen especial del municipio de Barcelona (en adelante, LREMB), que ha venido a completar el régimen municipal especial de Barcelona.¹⁰¹

98. Para el estudio de la articulación del sistema de fuentes que regulan el régimen jurídico del municipio de Barcelona, nos remitimos al trabajo de VELASCO CABALLERO, F. “Ley especial de Barcelona y Derecho local”, en Font Llovet, T. y Jiménez Asensio, R. *La “Carta Municipal” de Barcelona: diez estudios*. Barcelona, Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis Autònoms i Locals-Marçal Pons, 2007, p. 21-41.

99. El párrafo cuarto de la exposición de motivos establece que: “El fundamento jurídico de la Ordenanza se encuentra, en primer lugar, en la Constitución del año 1978, sobre todo desde la perspectiva de la garantía de la autonomía municipal. Pero, más específicamente, la Ordenanza [...] se dicta en desarrollo directo de la Carta Municipal, aprobada por la Ley 22/1998, de 30 de diciembre [...]. Más tarde, los artículos 139 a 141 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, introducidos por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, recogen también, expresamente, un título competencial en virtud del cual se establece la posibilidad de que los ayuntamientos, para la adecuada ordenación de las relaciones sociales de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, en defecto de normativa sectorial específica, puedan establecer los tipos de infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones. *En todo caso estas previsiones configuran una cobertura legal suficiente por cumplir la reserva legal del mandato de tipificación y dar respuesta cumplida al artículo 25.1 de la Constitución española.*” (La cursiva y la traducción son nuestras.)

100. Dicho artículo 2 establece que:

“1. La Ordenanza incorpora los criterios orientadores de la Carta de Salvaguarda de los Derechos Humanos a la Ciudad, firmada y aprobada por el Ayuntamiento de Barcelona. El texto de la carta recoge en su disposición final el compromiso de las ciudades signatarias de mencionar expresamente en todas sus ordenanzas municipales la Carta de Salvaguarda.

“2. Esta Ordenanza se dicta específicamente en ejercicio de las competencias que la Carta Municipal de Barcelona, aprobada por la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, atribuye de manera expresa al Ayuntamiento de Barcelona en materias que afectan la convivencia ciudadana y el civismo.

“3. Asimismo, esta Ordenanza se ha elaborado de acuerdo con la potestad municipal de tipificar infracciones y sanciones que, con el fin de ordenar las relaciones de convivencia ciudadana, se establece en los artículos 139 y siguientes de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local.

“4. Lo establecido en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las otras competencias y funciones atribuidas al Ayuntamiento de Barcelona por la normativa general de régimen local y la legislación sectorial aplicable.”

101. La Ordenanza de convivencia no cita expresamente la LREMB como norma de cobertura. Las razones son obvias, puesto que la promulgación (13 de marzo de 2006) y la publicación (BOE, 62, de 14 de marzo de 2006) de esta ley son posteriores a las de la norma municipal.

5.2.2. Cobertura en la legislación sectorial

Como se ha visto, no existe una norma estatal o autonómica con rango de ley que ordene el sector de la "prostitución" y, por tanto, no está regulada la tipificación de infracciones y sanciones por los entes locales en este ámbito. Ahora bien, como también hemos dicho ya, la Ordenanza barcelonesa no regula la prostitución en general, sino que su objetivo principal es el de establecer una "regulación sobre la ocupación del espacio público como consecuencia de las actividades de ofrecimiento y demanda de servicios sexuales" (artículo 38.2), con la finalidad de proteger unos determinados bienes jurídicos (los menores y determinados colectivos susceptibles de explotación, la tranquilidad, la convivencia ciudadana y la vialidad pública).

En este sentido, puede ser de especial interés analizar la posible cobertura de la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana (en adelante, LOPSC), cuyo objeto es "proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana" y "asegurar la *convivencia ciudadana*, la erradicación de la violencia y la *utilización pacífica de las vías y espacios públicos*, así como prevenir la comisión de delitos y faltas" (artículo 1 de la LOPSC).

En concreto, el artículo 29.2 de la LOPSC prevé que "para la concreción de las conductas sancionables, las ordenanzas municipales podrán especificar los tipos que corresponden a las infracciones cuya sanción se atribuye en este artículo a la competencia de los alcaldes". Dichas infracciones se corresponden con "las infracciones graves o leves en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, tenencia ilícita y consumo de drogas" y, fuera de

estos supuestos, algunas de las tipificadas como leves en el artículo 26 de la LOPSC.¹⁰²

En cualquier caso, esta habilitación legal para tipificar infracciones y sanciones a través de una ordenanza municipal en estos ámbitos concretos contiene una importante limitación, puesto que dicha tipificación deberá hacerse siempre "dentro de la naturaleza y los límites a los que se refiere el artículo 129.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común".¹⁰³ En definitiva, esta previsión –introducida por la Ley 10/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana–, parece habilitar a los municipios al ejercicio de su potestad normativa en el ámbito sancionador en términos idénticos a los previstos por la legislación de procedimiento para la colaboración reglamentaria. En otras palabras, se aplicaría aquí la tradicional reserva de ley *relativa*, propia de los reglamentos en sentido estricto, sin admitir ningún tipo de flexibilización que atienda a las peculiaridades de la potestad normativa local. En consecuencia, sería la ley la encargada de definir los elementos esenciales del tipo y establecer las sanciones, mientras que la norma local sólo podría establecer especificaciones o aclaraciones a dicha regulación legal.

No obstante, el alcance de la reserva de ley podría ser distinto si tenemos en cuenta la incidencia que sobre esta cuestión tuvo la aprobación de la LMMGL. Como ya hemos comentado, dicha ley modificó los artículos 127.1 y 129.1 de la LRJPAC, introduciendo la referencia al título XI de la LBRL en relación con el juego del principio de legalidad en el caso de las administraciones locales.¹⁰⁴ Sin embargo, no se alteró el

Sin embargo, se hace necesario el análisis de su posible actuación como ley de cobertura, puesto que se configura como la norma estatal que regula el régimen especial del municipio de Barcelona y que viene a unirse a la ley catalana como "norma de cabecera" de su ordenamiento local. La aprobación de esta ley pretende culminar buena parte de las aspiraciones del Anteproyecto de texto articulado de ley especial de Barcelona, aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Barcelona el 16 de julio de 1997, que, por su alcance sustantivo y competencial, requería no sólo de la intervención del legislador autonómico sino también de la aprobación de una ley estatal.

102. En concreto, se trata de las infracciones leves tipificadas en los apartados g), h), i) y j) del artículo 26 de la LOPSC:

"g) La exhibición de objetos peligrosos para la integridad física de las personas con la finalidad de causar intimidación.

"h) Desobedecer los mandatos de la autoridad o de sus agentes, dictados en directa aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuando ello no constituya infracción penal.

"i) Alterar la seguridad colectiva u originar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos.

"j) Todas aquellas que, no estando calificadas como graves o muy graves, constituyan incumplimientos de las obligaciones o vulneración de las prohibiciones establecidas en la presente Ley o en leyes

especiales relativas a la seguridad ciudadana, *en las reglamentaciones específicas o en las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas.*"

Este último inciso en cursiva fue declarado inconstitucional y nulo por la STC 341/1993, de 18 de noviembre (ponente: D. Fernando García-Mon y González-Regueral).

103. Recordamos que el artículo 129.3 de la LRJPAC dispone que: "Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o la más precisa determinación de las sanciones correspondientes."

104. Tras la modificación operada por la LMMGL, el artículo 127.1 de la LRJPAC establece que:

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

apartado 3 del artículo 129 de la LRJPAC, que es precisamente al que se remite la LOPSC, obviándose por tanto cualquier referencia al título XI de la LBRL y a la consiguiente flexibilización de la reserva de ley sancionadora, y manteniéndose la remisión del artículo 29.2 de la LOPSC en los mismos términos que la colaboración ley-reglamento. En este sentido, una interpretación literal del precepto, avalada por la falta de modificación por el legislador cuando éste tuvo ocasión, conduciría a apoyar la interpretación expuesta anteriormente, según la cual la tipificación de infracciones y sanciones por medio de ordenanzas municipales en materia de seguridad ciudadana se somete a la reserva de ley relativa (no flexibilizada). Sin embargo, junto a esta interpretación literal, podríamos plantearnos una segunda interpretación, de carácter sistemático y teleológico, que entendería que, de conformidad con el artículo 127.1 de la LRJPAC y con la finalidad de la reforma operada por la LMMGL en esta materia, la remisión de la LOPSC lo es de manera genérica al título XI de la LBRL y por tanto a la flexibilización de la reserva de ley sancionadora en el ámbito municipal.

Más allá de la interpretación sobre cuál deba ser el alcance de la reserva de ley en materia de seguridad ciudadana, hay otra cuestión que debe ser tenida en cuenta para analizar la cobertura legal de la concreta regulación de la Ordenanza de Barcelona, que tiene que ver con el ámbito material de cobertura. Tal y como viene exigiendo el propio Tribunal Constitucional, la ordenanza tipificante y la ley que la dota de cobertura deben referirse al mismo ámbito material.¹⁰⁵ En consecuencia, debemos preguntarnos si el ámbito de la LOPSC coincide con el ámbito objeto de protección en los artículos 38 a 41 de la Ordenanza de convivencia (protección de los menores, y colectivos susceptibles de explotación sexual, vialidad en la vía pública y la convivencia ciudadana).

Para responder a esta cuestión, y siendo conscientes de que seguridad ciudadana y seguridad pública no

son expresiones coincidentes, hay que partir aquí de la jurisprudencia constitucional, que se ha referido fundamentalmente al concepto de “seguridad pública” y lo ha hecho en el marco de la distribución de competencias. De conformidad con dicha jurisprudencia, la seguridad pública se define en torno a cuatro ideas fundamentales:¹⁰⁶ primera, se refiere a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano que incluye “un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido”; segunda, no engloba toda la seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla, ya que si así fuera incluiría la práctica totalidad del ordenamiento; tercera, se trata de un concepto en el que hay que situar de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los cuerpos de seguridad a que se refiere el artículo 104 de la CE, aunque su ámbito normativo puede ir más allá de la regulación de las intervenciones de la “policía de seguridad”; finalmente, se caracteriza por referirse a situaciones o productos que son susceptibles de ocasionar graves riesgos para personas y bienes, lo que exige la adopción de medidas de especial intensidad.

Asimismo, podemos traer aquí a colación la argumentación del Tribunal Constitucional, en su STC 25/2004, donde, ante un caso similar al que aquí analizamos, afirmó que la LOPSC “abarca fundamentalmente materias concretas susceptibles de originar riesgos ciertos que pueden afectar de modo directo y grave a la seguridad de personas y bienes, tomando en consideración, especialmente, ‘fenómenos colectivos que implican la aparición de amenazas, coacciones o acciones violentas, con graves repercusiones en el funcionamiento de los servicios públicos y en la vida ciudadana’ (exposición de motivos), pero no extiende su regulación a cualquier actividad que pueda tener una relación más o menos remota con la seguridad pública” (FJ 6).

Por su parte, el artículo 129.1 de la LRJPAC dispone que:

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

105. La falta de coincidencia entre el ámbito material de la Ordenanza y la eventual ley de cobertura es el argumento que sirve de base al Tribunal Constitucional para afirmar la vulneración del principio de reserva de ley en el caso *Pub Indian*, STC 25/2004, de 26 de febrero (ponente: D^a. Elisa Pérez Vera). En concreto, el Tribunal Constitucional entiende que una ordenanza que regula los ruidos y vibraciones no puede hallar cobertura en la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana, por referirse a un ámbito material distinto.

106. Ideas que extraemos del concepto definido en la citada STC 25/2004, de 26 de febrero, que recoge el criterio ya defendido, entre muchas otras, en la STC 33/1982, de 8 de junio (ponente: D. Ángel Latorre Segura) (FJ 3), STC 117/1984, de 5 de diciembre (ponente: D^a. G. Begué Cantón) (FJ 4 y 5) o STC 104/1989, de 8 de junio (ponente: D. V. Gimeno Sendra) (FJ 3). A título de ejemplo, el propio Tribunal Constitucional ha incluido en esta concepción estricta de la seguridad pública “actuaciones preventivas y reactivas respecto de las manifestaciones de violencia en determinados espectáculos deportivos” [STC 148/2000, de 1 de junio (ponente: D^a. M. E. Casas Baamonde)], o la protección civil [STC 123/1984, de 18 de diciembre (ponente: D. Luis Díez de Picazo y Conde de León)], mientras que ha excluido de la misma la intervención administrativa en materia de ruidos y vibraciones (la propia STC 25/2004, de 26 de febrero).

En definitiva, apuntamos que aunque los fundamentos legales del artículo 38.1 se refieren a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad, por otra parte, el ámbito material de la Ordenanza se refiere a cuestiones de la convivencia ordinaria, sin que la intervención administrativa tenga por objeto reaccionar ante situaciones extraordinarias o de especial peligro para los bienes objeto de protección. Podría entenderse entonces que, al regular la ocupación del espacio público para el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales, la Ordenanza no se refiere a cuestiones de seguridad pública en los términos recogidos por la LOPSC, sino que más bien lo hace a cuestiones relativas a las relaciones de convivencia ordinaria, a la ordenación del tráfico de vehículos y personas en el espacio público o, incluso, a la regulación de los usos del espacio público para la prestación de actividades y servicios.

No obstante, en caso de que se considerase que la Ordenanza encuentra cobertura legal en la LOPSC, porque su ámbito material es coincidente, habría que tener en cuenta que –de acuerdo con una interpretación literal de los artículos 29.2 de la LOPSC y 129.3 de la LRJPAC y salvo que se opte por una interpretación alternativa– la regulación municipal se hallaría vinculada a dicha norma legal en términos de la reserva de ley tradicional o relativa, debiendo respetar, pues, los elementos esenciales del tipo regulados en ella.

5.2.3. Cobertura en la Ley autonómica de la Carta Municipal de Barcelona

La LCMB, norma autonómica de cabecera del ordenamiento del municipio de Barcelona,¹⁰⁷ contiene algunas previsiones relativas a la potestad municipal para tipificar infracciones y sanciones.

En primer lugar, nos referimos al artículo 29, que, en el marco del título III de la LCMB, relativo a la potestad normativa del municipio de Barcelona, establece lo siguiente:

“1. Las ordenanzas deben tipificar exactamente las obligaciones cuyo incumplimiento sea objeto de sanción. Esta tipificación debe limitarse a las materias en las que el Ayuntamiento tiene competencia de acuerdo con la presente Carta o la correspondiente ley sectorial.

“2. Las infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves.

“3. El incumplimiento de las prescripciones contenidas en las ordenanzas y disposiciones generales municipales y órdenes individuales es sancionable con una multa municipal. Cuando la ordenanza municipal lo establezca, de acuerdo con la ley o, en su defecto, previo consentimiento de la persona afectada, puede sustituirse la multa pecuniaria por trabajos para la comunidad.”

Una primera lectura de este artículo puede hacer pensar que, por él, se habilita al Ayuntamiento de Barcelona a tipificar infracciones y sanciones en cualquier ámbito material en el que el municipio tenga competencia. Admitir esta interpretación implica concebir la potestad sancionadora como una potestad instrumental o implícita a cualquier materia de competencia municipal, sin exigir que una norma con rango legal habilite a la Ordenanza municipal tipificante, en línea con lo defendido por el Tribunal Supremo.¹⁰⁸ Sin embargo, concluir esto supondría pasar por alto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sentada a partir de la STC 132/2001. De acuerdo con dicha jurisprudencia, la tipificación de infracciones y sanciones a través de ordenanza municipal exige que la ley prevea como mínimo los criterios de antijuricidad de las infracciones y las clases de sanciones que habilitan la intervención del municipio. Por tanto, debemos atender tanto a la cobertura de las infracciones como de las sanciones tipificadas en la Ordenanza municipal.

En cuanto a las infracciones, entendemos que el apartado 1 del artículo 29 no fija los criterios mínimos de antijuricidad de los tipos a regular por ordenanza, puesto que de su redacción no se deriva cuál es el ámbito de lo ilícito-lícito en el que debe moverse la regulación municipal. Entender lo contrario significaría identificar la potestad de tipificar infracciones y sanciones con competencia municipal en una determinada materia, algo que, como se ha visto, no admite –hasta el momento– el Tribunal Constitucional.

En relación con las sanciones, el apartado 3 del mismo precepto prevé la multa como el principal mecanismo sancionador que pueden establecer las ordenanzas del municipio de Barcelona, salvo que se establezca expresamente la sustitución de la multa

107. Sobre este concepto y las relaciones entre las diferentes manifestaciones de la potestad normativa del municipio de Barcelona, ver GALÁN GALÁN, A. *La Carta Municipal de Barcelona y el ordenamiento local. El régimen especial del municipio de Barcelona*, Barcelona, Marcial Pons-Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, 2001.

108. Aunque recordamos que el Tribunal Supremo sólo admite esta posibilidad “en algunos supuestos de estricta competencia

local” o “competencias nucleares de los entes locales que llevan implícitas potestades de ordenamiento del uso del dominio (o eventualmente de organización de un servicio si es exclusivamente local)”. STS de 29 de septiembre de 2003 (FJ 4 y 7). Sobre ello, JIMÉNEZ ASENSIO, R. “Potestad normativa y...”, *op. cit.*, p. 68.

por “trabajos para la comunidad”. En este caso, el artículo 29 tampoco cumple con las exigencias de la reserva de ley, al limitarse a regular las clases de sanciones, sin determinar la relación entre estas sanciones y la gravedad de los ilícitos.¹⁰⁹

De acuerdo con lo dicho, aceptar el artículo 29 de la LCMB como cobertura legal suficiente requiere flexibilizar la reserva de ley hasta el punto de hacerla incompatible con la jurisprudencia constitucional vigente. Sólo podría admitirse la cobertura de este artículo si nos situamos en posiciones similares a las de la STS de 29 de septiembre de 2003, entendiendo que las competencias del Ayuntamiento de Barcelona en materia de dominio público y ordenación del espacio público llevan implícitas la tipificación de infracciones y sanciones en este ámbito, sin necesidad de que exista una ley previa que predetermine el contenido de las mismas.

Ante la insuficiencia del artículo 29, se hace necesario atender a otros preceptos de la LCMB que permitan dar cumplimiento a las exigencias del principio de reserva de ley, siempre de acuerdo con su concepción por el Tribunal Constitucional. Nos referimos, pues, a los artículos 128 y 129 de la LCMB, que se incluyen en el capítulo XVI (“Seguridad ciudadana”) del título VI (“Competencias municipales”). Por medio del artículo 128.1.b), la LCMB dota al Ayuntamiento de Barcelona de la potestad para “sancionar en las ordenanzas municipales los actos contrarios al orden y seguridad ciudadana en el ámbito de las relaciones de vecindad, respetando los derechos y libertades fundamentales”. Por su parte, el artículo 129 de la LCMB le atribuye la competencia para regular mediante ordenanza las conductas constitutivas de infracción grave subsumi-

bles en alguno de los casos enumerados en los apartados a) a g).¹¹⁰

En cierto sentido, puede decirse que con estos dos artículos el legislador catalán vino a flexibilizar la reserva de ley para el municipio de Barcelona, antes incluso de que el propio Tribunal Constitucional lo hiciese de manera genérica para todo el ámbito local. Debemos preguntarnos, pues, si estos preceptos legales responden a las exigencias hoy ya conocidas del artículo 25.1 de la CE en relación con las infracciones y sanciones tipificadas en la Ordenanza respecto al ámbito material definido.

En primer lugar, puede admitirse que el artículo 129 de la LCMB vendría a contener los criterios mínimos de antijuridicidad que debe respetar el Ayuntamiento de Barcelona a la hora de regular en la Ordenanza las infracciones en materia de seguridad ciudadana, puesto que este precepto prevé unos supuestos genéricos de infracciones sobre los que se desarrollará la regulación municipal.¹¹¹ No obstante, ninguno de los dos preceptos aducidos (ni el 128 ni el 129 de la LCMB) contiene las sanciones que podrá prever el municipio de Barcelona en sus ordenanzas, ni mucho menos una graduación o clasificación de aquéllas en función de la gravedad de las infracciones.

5.2.4. Cobertura en la Ley estatal del régimen especial del municipio de Barcelona

La LREMB ha venido a completar la regulación del régimen especial de Barcelona, en la medida en que delimita el ámbito de actuación de dicho municipio en una serie de sectores materiales de competencia estatal, añadiéndose así al tramo autonómico del régimen especial que ya se hallaba regulado por la LCMB.

109. Recordamos que la jurisprudencia constitucional exige que la norma con rango de ley prevea “una relación de las posibles sanciones que cada ordenanza municipal puede determinar en función de la gravedad de los ilícitos que ella misma tipifica” (STC 132/2001, FJ 6).

110. El artículo 129 dispone que:

“El Ayuntamiento de Barcelona regula, mediante ordenanza municipal, las conductas constitutivas de infracción administrativa grave siguientes:

“a) Producir desórdenes y daños graves a personas y bienes de dominio público, espacios o establecimientos públicos, si no constituyen delito.

“b) Practicar, en la vía pública, toda clase de juegos de azar no autorizados, con finalidad lucrativa o mediante apuesta.

“c) Poseer animales que pueden causar alarma, molestias y daños a las personas, sin haber obtenido las correspondientes autorizaciones, de acuerdo con los requisitos que se establezcan por reglamento, y sin dar cumplimiento a las condiciones de seguridad e higiene exigibles. El abandono de animales debe sancionarse de acuerdo con lo establecido en la Ley 3/1998, de 20 de abril, de protección de los animales.

“d) Realizar actos y producir alborotos como consecuencia de conductas incívicas, vandálicas o debidas a embriaguez en la vía

pública, o en instalaciones y bienes de dominio público, siempre y cuando no constituyan delito. Cuando estos actos se produzcan en el exterior de locales de concurrencia pública, la ordenanza debe regular la responsabilidad de los propietarios de los establecimientos.

“e) Tener comportamientos incívicos, de contenidos xenófobos, racistas y sexistas.

“f) Hacer comercio ambulante, limpieza de cristales y otras actividades en la vía pública sin permiso.

“g) Vender productos alcohólicos y tabaco a menores.”

111. La predeterminación legal va, en este caso, más allá incluso de las exigencias mínimas de la STC 132/2001, que impone únicamente unos “criterios orientadores”. En atención a la jurisprudencia constitucional, podría plantearse incluso un exceso regulatorio de la LCMB en la medida en que va más allá de esos criterios orientadores, estableciendo lo que son verdaderos tipos genéricos de infracciones.

112. Recordamos que su publicación tuvo lugar el 14 de marzo de 2006 y que la disposición transitoria 4 de la LREMB retrasa su entrada en vigor hasta los tres meses de su publicación (lo que será el 14 de junio de 2006). Por su parte, la Ordenanza de convivencia de Barcelona entró en vigor el 25 de enero de 2006.

Antes de entrar en el contenido material de la regulación de esta ley, advertimos una singularidad respecto al resto de eventuales normas de cobertura que hemos tomado en consideración: la LREMB entró en vigor después de que lo hubiera hecho la Ordenanza de convivencia.¹¹² En consecuencia, debemos preguntarnos en qué medida las infracciones y sanciones tipificadas en una ordenanza pueden hallar cobertura legal en una ley cuya fecha de entrada en vigor es posterior a la de dicha ordenanza. Advirtiendo que la respuesta a esta cuestión requiere un análisis más exhaustivo, a priori parece claro que el artículo 25.1 de la CE impide entender que la LREMB pueda amparar las sanciones interpuestas en aplicación de la Ordenanza con anterioridad a la vigencia de la LREMB, puesto que no cabe la posibilidad de sancionar a una persona por acciones u omisiones que, en el momento de producirse, no constituyan infracciones según la legislación vigente entonces. Cuestión distinta es si pueden hallar cobertura en la LREMB las sanciones por acciones u omisiones cometidas con posterioridad a la aprobación de dicha ley. La duda surge aquí no tanto en relación con el plano aplicativo de la potestad sancionadora, sino con el normativo, puesto que, si bien en el momento de producirse la acción u omisión, ya existe la tipificación de la infracción y la sanción por la Ordenanza, el problema sigue siendo que la Ordenanza se aprobó sin que una ley la habilitase a ello.¹¹³

Al margen de esta cuestión de carácter general, la variable temporal juega también para contextualizar los concretos preceptos de la LREMB que entran en juego en el caso aquí analizado. En este sentido, lo que sí parece claro es que el legislador estatal tuvo presente la Ordenanza de convivencia (y la necesidad de reforzar su cobertura legal en algunos puntos) a la hora de regular esta parte del régimen especial municipal. No en vano el debate final de la Ordenanza en el Ayuntamiento de Barcelona coincidió en el tiempo con la discusión del articulado de la LREMB en las Cortes Generales. Así, puede concluirse del examen del procedimiento de tramitación del artículo 30 (al que luego nos referiremos), que es fruto de la aprobación de una enmienda transaccional, que tiene su origen en una serie de enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Popular, en

cuya defensa se llegó a alegar la necesidad de dotar a la Ordenanza de convivencia de la “cobertura jurídica” necesaria en aspectos como “la prostitución, los *topmanta* o los limpiacristales”.¹¹⁴

Hechas estas consideraciones previas y entrando ya en el contenido material de la LREMB, cabe decir que ésta no contiene, en su articulado, ninguna alusión específica a la convivencia ciudadana. Sin embargo, sí se refiere a la tipificación de infracciones y sanciones por ordenanza al regular las competencias del Ayuntamiento de Barcelona en materia de “seguridad ciudadana” (capítulo VI del título II). En este sentido, es de especial interés –de ahí su reproducción literal– lo dispuesto por el artículo 30 de la LREMB:

“1. Corresponde al Ayuntamiento de Barcelona colaborar con las administraciones competentes en la prevención, mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana, y tratar de garantizarla en lo referente a aquellos actos que ocasionen molestia social o daños sobre bienes y personas en la vía pública, sin perjuicio de las competencias que en esta materia le atribuye la Ley de Cataluña 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, y demás legislación vigente.

“2. Las ordenanzas municipales podrán considerar como infracción administrativa tanto la prestación de servicios como el suministro de bienes en el espacio público sin licencia municipal como la demanda o adquisición de tales servicios o bienes. En garantía del cumplimiento de las ordenanzas, los agentes de la autoridad podrán decomisar los útiles, género y dinero, en su caso, objeto de la infracción administrativa.

“3. En la imposición de sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las ordenanzas por resolución motivada del órgano que resuelva el expediente sancionador, se podrá sustituir la sanción económica por trabajos en beneficio de la comunidad, la asistencia obligatoria a cursos de formación, a sesiones individualizadas o cualquier otra medida alternativa que tenga la finalidad de sensibilizar al infractor sobre cuáles son las normas de conducta en el espacio urbano o reparar el daño moral de las víctimas.”

A través de este artículo, el Estado atribuye al Ayuntamiento de Barcelona competencia en materia de

113. Una reflexión sobre este mismo problema, pero en relación con la convalidación de las ordenanzas anteriores a la introducción del título XI de la LBRL, puede verse en DOMÉNECH PASCUAL, G. “La tipificación de infracciones...”, *op. cit.*, p. 19 y ss.

114. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII legislatura, 141, de 22 de diciembre de 2005. Sesión plenaria 133, de aprobación del dictamen de la Comisión de Administraciones Públicas. Ver la intervención del representante del Grupo

Parlamentario Popular, p. 7151-7152. La aprobación de esta enmienda transaccional es la que permitió que el Partido Popular votase a favor el texto final de la LREMB, aprobándose así por consenso. Sobre esta cuestión JIMÉNEZ ASENSIO, R. “Seguretat ciutadana”, en Font Llovet, T. y Jiménez Asensio, R. (coord.). *La “Carta Municipal” de Barcelona: deu estudis*. Barcelona, Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis Autònomic i Locals-Marcial Pons, 2007, p. 257-273.

seguridad ciudadana para evitar “actos que ocasionen molestia social o daños sobre bienes y personas en la vía pública”. Expresión que nos lleva de nuevo a la finalidad de proteger la convivencia (frente a la “molestia social”) y el espacio público (ante daños a personas o bienes que se hallen en él). Adicionalmente, esta atribución competencial del Estado al municipio de Barcelona en materia de seguridad ciudadana plantea la necesidad de deslindar con mayor claridad la distribución de competencias en esta materia, puesto que, como es consciente el propio legislador estatal, también la Ley 22/1998 atribuye competencias a la capital catalana en esta materia.

El párrafo 2 del artículo 30 de la LREMB reconoce la potestad del Ayuntamiento de Barcelona para tipificar infracciones por medio de ordenanza y establece unos criterios que éste debe seguir en el ejercicio de dicha potestad. Así, las infracciones que tipifiquen las ordenanzas municipales en materia de “seguridad ciudadana” deberán referirse a supuestos como la “prestación de servicios o el suministro de bienes sin licencia municipal” o a “la demanda o adquisición de tales servicios o bienes”, siempre “en el espacio público”. Esta previsión viene a cumplir la jurisprudencia constitucional de la reserva de ley en relación con las infracciones, ya que establece los criterios mínimos de antijuridicidad de las infracciones que podrán tipificar las ordenanzas municipales, el “umbral de lo ilícito”¹¹⁵ sobre el que podrá actuar el municipio.

En el ámbito de las sanciones, no existe un catálogo explícito de las sanciones a regular por las ordenanzas municipales. Sin embargo, el apartado 3 del artículo 30 prevé la posibilidad de que el órgano administrativo competente apruebe medidas alternativas a la sanción económica, cuya finalidad es, además de la propiamente punitiva, la de sensibilizar al infractor sobre la convivencia en el espacio público.¹¹⁶ Por otra parte, sí puede considerarse una novedad la inclusión en el artículo 30.2 *in fine* de la LREMB del decomiso de bienes objeto de la infracción administrativa, que hasta el momento debía buscar dicha cobertura en la legislación sectorial. Sin embargo, no existe graduación alguna de las sanciones a imponer; lo que supone admitir la habilitación municipal para regular las sanciones únicamente si se acepta que la reserva de ley no exige necesariamente su graduación legal en función de los ilícitos.

115. La expresión es de BELLO PAREDES, S.A. “Las ordenanzas locales...”, *op. cit.*, p. 182-183.

116. En cualquier caso, recordemos que el establecimiento de estas sanciones ya estaba previsto también de manera genérica por la LCMB.

117. Algo que, por el contrario, sí ha hecho, como hemos visto y puesto en duda, la Ordenanza de medidas para fomentar y garanti-

Si admitimos que la LREMB cumple con las exigencias mínimas del principio de reserva de ley en los términos de la STC 132/2001, quedará por contrastar si efectivamente la tipificación de las infracciones y sanciones contenidas en la Ordenanza municipal respeta los criterios establecidos por la LREMB. Una respuesta afirmativa a este interrogante supone entender que las infracciones tipificadas por los artículos 39 y 40 de la Ordenanza se refieren a conductas subsumibles en la “prestación de servicios en el espacio público sin licencia municipal” o bien a la demanda de los mismos. Sin que podamos entrar ahora a analizar con detalle dicha adecuación, sí que-remos apuntar que el tenor literal de esta expresión parece estar pensado para otro tipo de actividades que sí regula la Ordenanza, como las diversas formas de mendicidad (artículos 34 a 37), comercio ambulante no autorizado (artículos 49 a 52), otras actividades no autorizadas (como tarot, videncia..., artículos 53 a 56) y especialmente para dar cobertura legal al uso del decomiso por los agentes de la autoridad municipal. A diferencia de los casos anteriores, cuando la Ordenanza tipifica, en determinados casos, el ofrecimiento, la solicitud, la negociación y la aceptación de servicios sexuales en el espacio público, no lo hace atendiendo al requisito o no de licencia,¹¹⁷ sino a otras cuestiones como la compatibilidad o no de los diferentes usos del espacio público o la proximidad de dichas prácticas a los centros escolares. Por su parte, en el caso de la conducta del artículo 39.3 (mantener relaciones sexuales en el espacio público) la prohibición, y consiguiente infracción, se condiciona a la existencia de retribución, lo que podría interpretarse como la necesidad de probar una relación comercial.

5.2.5. Cobertura en la Ley de bases de régimen local

A los efectos de identificar la cobertura de las infracciones y sanciones tipificadas en los artículos 39 y 40 de la Ordenanza, interesa destacar el alcance de algunas previsiones de la LBRL: el artículo 4.1.f), el 25 y principalmente el título XI, que ya hemos analizado con carácter más general y que ahora aplicamos al caso concreto.

Como ya hemos dicho, según el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, la atribución al municipio por el artículo 4.1.f) de la LBRL de la potestad

zar la convivencia ciudadana del municipio de Sant Antoni de Portmany. No obstante, como es obvio, ninguna cobertura puede hallar dicha ordenanza en la LREMB –ley especial de aplicación exclusiva al municipio de Barcelona.

sancionadora no le dota por sí mismo de la habilitación legal suficiente para tipificar infracciones y sanciones en una materia determinada, sino que simplemente cumple un aspecto concreto de la triple reserva legal.¹¹⁸ Faltaría, pues, que una ley prevea la predeterminación de las infracciones y las sanciones que puede tipificar el municipio, en los términos que hemos venido examinando.

Una segunda vía para afirmar la cobertura legal de la regulación expuesta podría ser la del artículo 25 de la LBRL. Como ya hemos analizado con carácter general, la jurisprudencia constitucional no admite como cobertura suficiente en materia sancionadora “la genérica referencia a las competencias municipales sobre determinadas materias”.¹¹⁹ Tal y como ha explicado la doctrina, utilizar la competencia municipal en la materia como criterio para garantizar el cumplimiento de la reserva de ley supone confundir dos categorías jurídicas distintas: la competencia y el poder tipificador. “Una cosa es distribuir materias públicas entre distintos órganos o entes (competencia) y otra determinar cuándo un órgano público (administrativo o judicial) puede imponer sanciones a los ciudadanos. De manera que no a toda atribución de competencia tiene que ir anudado el poder sancionador. Eso habrá de decidirse singularmente y, siempre, mediando ley.”¹²⁰ No obstante, no faltan autores que han defendido la operatividad de la cláusula general de competencias del artículo 25.1 de la LBRL como habilitación legal al ejercicio la potestad sancionadora municipal, aunque, en su caso, eso sólo sería posible para el ámbito de la tipificación de infracciones, quedando fuera todavía la cobertura de las sanciones.¹²¹

Ante la insuficiencia de los artículos 4.1.f) y 25 de la LBRL, debemos recurrir al título XI de la LBRL, que, como sabemos, se dedica específicamente a la “Tipificación de infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias”. Ya hemos dicho que, a través de sus tres artículos, este título da cumplimiento a la doctrina constitucional establecida a partir de la STC 132/2001. Por tanto, no es nece-

sario reiterar que la LBRL contiene los criterios mínimos de antijuridicidad de las infracciones (artículo 140 de la LBRL) y los tipos de sanciones (artículo 141 de la LBRL), que deberán ser respetados por la regulación municipal. Sabido esto, el cumplimiento del artículo 25.1 de la CE exige comprobar también que la tipificación hecha por la Ordenanza se adecua a lo establecido por el propio título XI.

En primer lugar, tal y como se deriva del artículo 139 de la LBRL, la Ordenanza deberá tener por objeto la regulación de las “relaciones de convivencia de interés local” o del “uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos”. El amplio alcance material de estas expresiones, que ya ha sido puesto de manifiesto por la doctrina en términos diversos,¹²² permite dar entrada a la regulación del uso del espacio público para el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales, en la medida en que tiene por finalidad la protección de la “vialidad del tránsito en lugares públicos, de la convivencia, de los menores y de determinados colectivos” (artículo 38 de la Ordenanza). De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la flexibilización de la reserva de ley es posible fruto de la existencia de un interés local en la materia. En este sentido, parece que si el único fundamento de la infracción fuese la protección de los derechos de los menores o bien la explotación de los colectivos que ejercen el trabajo sexual, se haría necesaria una mayor justificación del específico interés local en la materia, puesto que se afectan competencias que son propias de otros entes territoriales (fundamentalmente la comunidad autónoma). Es, por ello, que la Ordenanza fundamenta su regulación en la ocupación del espacio público y la protección de la convivencia, para poder así verse amparada por el ámbito material previsto en el artículo 139 de la LBRL.

En segundo lugar, para que la tipificación municipal encuentre cobertura en la LBRL debe hacerse en “defecto de normativa sectorial específica”. Al respecto nos remitimos a lo analizado *supra* respecto a la posibilidad de que la tipificación de infracciones y sanciones en la ordenanza de convivencia halle

118. NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo...*, *op. cit.*, p. 260-261. Se refiere a la reserva trinitaria de la LRJPAC, que exige la reserva de ley de la atribución de la potestad, la de la tipificación de infracciones y la de la tipificación de sanciones.

119. En términos de la STS de 29 de mayo de 1998 (ponente: Excmo. Sr. Fernando Martín González) (RJ 1998/5457).

120. VELASCO CABALLERO, F. y DíEZ SASTRE, S. “Ordenanzas municipales...”, *op. cit.*, p. 52.

121. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. “Sobre la potestad sancionadora municipal”, *op. cit.*, p. 139-140.

122. A la crítica ya comentada de NIETO GARCÍA acerca de la amplitud de esta expresión (*Derecho administrativo...*, *op. cit.*, p. 342), cabe añadir otras consideraciones que este precepto ha suscitado

ya entre la doctrina. Por su parte, J. HERNÁNDEZ LÓPEZ defiende que los términos empleados “tienen la virtud de ser precisos y amplios a la vez”, puesto que permiten incluir el núcleo de decisiones propias de los entes locales y adaptarse a los hábitos cambiantes de la sociedad (“Sobre la nueva potestad sancionadora...”, *op. cit.*, p. 44-45). En cambio, VELASCO CABALLERO y DíEZ SASTRE (en *op. cit.*, p. 59-60) hablan de que esta nueva regulación supone una cobertura legal genérica para todas las ordenanzas municipales y critican especialmente los criterios mínimos de antijuridicidad del artículo 140 de la LBRL por ser “tan amplios y comprensivos que abarcan todos los ámbitos de la actividad municipal”, de tal manera que pueden llegar a “dejar vacía de contenido la exigencia de la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE”.

cobertura en la legislación sectorial en materia de seguridad ciudadana. Sólo en su defecto, entrará en juego el título XI de la LBRL, con las salvedades ya explicadas que supone la existencia del régimen especial del municipio de Barcelona. Subsumida la regulación municipal en el ámbito material del 139 de la LBRL, cada una de las infracciones y sanciones tipificadas por la Ordenanza deberá respetar los límites del 140 y 141 de la LBRL.

En relación con las infracciones, la exigencia de la reserva de ley se traduce en que el tipo establecido por la Ordenanza responda a alguno de los criterios orientadores que establece el artículo 140 de la LBRL. Para ello, habrá que diferenciar entre las infracciones muy graves, cuyos criterios vienen regulados en el 140.1 de la LBRL, y las graves y leves, previstas en el 140.2 de la LBRL.

A los efectos del ámbito material aquí analizado, nos interesa ahora comentar el apartado a) del artículo 140.1 de la LBRL en relación con las infracciones muy graves.¹²³ La primera exigencia derivada de este apartado¹²⁴ es que el tipo regulado debe referirse a una *perturbación*, es decir, una acción que supone un trastorno efectivo, una vulneración real de los valores protegidos.¹²⁵ En consecuencia, dicha previsión parece referirse exclusivamente a infracciones de resultado, dejando al margen las situaciones de riesgo o peligro de perturbación. A pesar de que se ha defendido que esta previsión habilita a los entes locales a regular también el peligro o riesgo de grave perturbación como infracción administrativa a través de sus ordenanzas,¹²⁶ creemos que existen también argumentos para abogar por una interpretación restrictiva del término en cuestión según la cual sólo se admita la perturbación efectiva. Así, cuando el legislador ha querido incluir las situaciones de riesgo lo ha hecho expresamente, como en el caso del

Reglamento de servicios de las corporaciones locales.¹²⁷ Además, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador rige la prohibición de interpretaciones extensivas, debiéndose optar siempre por las menos limitativas de derechos.

De igual modo, el criterio del 140.1.a) de la LBRL exige que esta perturbación se produzca en el ámbito de la "convivencia", que entendemos aquí en un sentido amplio, como en el ámbito de las relaciones con los demás. La afectación sobre dicha convivencia debe ser "grave, inmediata y directa", teniendo por tanto consecuencias efectivas y reales sobre el bien jurídico protegido. Asimismo, esta perturbación debe operar sobre unos ámbitos concretos, que se identifican con la "tranquilidad, salubridad y ornato públicos", así como "el ejercicio de derechos legítimos de otras personas" o el "normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable".¹²⁸ De conformidad con la aplicación preferente de la legislación sectorial, se excluyen expresamente del amparo otorgado por el 140 de la LBRL las conductas subsumibles en la LOPSC, importante exclusión sobre la que nos referiremos de nuevo más adelante.

Por otra parte, es también pertinente atender al contenido de los apartados e) y f), que se refieren a los criterios orientadores para tipificar infracciones en relación con el uso del espacio público. El apartado e) prevé el "impedimento del uso de un espacio público por otra u otras personas con derecho a su utilización". En este caso, el bien jurídicamente protegido es el derecho a usar un espacio público. La conducta descrita ("impedimento") ha sido asimilada al tipo penal de coacción.¹²⁹ En consecuencia, se exige que quien cometa esa conducta no esté legítimamente autorizado a realizarla, que tenga un contenido material de vía física o intimidatoria y de intensi-

123. El artículo 39 de la Ordenanza barcelonesa tipifica como infracción muy grave "mantener relaciones sexuales mediante retribución en el espacio público" y el artículo 40.1 en relación con el 79.1.d) hace lo propio en relación con la infracción de desobediencia a la autoridad.

124. Dicho apartado prevé que serán muy graves las infracciones que supongan "una perturbación relevante de la convivencia que afecte de manera grave, inmediata y directa a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas, al normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable o a la salubridad u ornato públicos, siempre que se trate de conductas no subsumibles en los tipos previstos en el capítulo IV de la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana".

125. HERNÁNDEZ LÓPEZ, J. "Sobre la nueva potestad sancionadora...", *op. cit.*, p. 46.

126. Y ello, de conformidad con dos argumentos principales: primero, porque también deben incluirse las situaciones en las que existe voluntad de causar la perturbación aunque ésta no llegue a

producirse efectivamente; segundo, porque aunque dicho apartado no permitiese esa regulación estaríamos ante un caso de falta de tipificación por ley que vendría amparado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en términos de su sentencia de 29 de septiembre de 2003. HERNÁNDEZ LÓPEZ, J. "Sobre la nueva potestad sancionadora...", *op. cit.*, p. 47.

127. El artículo 1 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales (aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955) establece que:

"Los ayuntamientos podrán intervenir la actividad de sus administrados en los siguientes casos: 1º En el ejercicio de la actividad de policía, cuando existiere *perturbación o peligro de perturbación* grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas."

128. Crítico con la redacción del artículo 140.1.a) de la LBRL en este punto, LASAGABASTER HERRATE, I. "La potestad sancionadora...", *op. cit.*, p. 168-170.

129. HERNÁNDEZ LÓPEZ, J. "Sobre la nueva potestad sancionadora...", *op. cit.*, p. 50.

dad necesaria para lograr el fin, que se hubiese impedido el uso efectivamente. Además, afectará a las “personas con derecho a utilización”, lo que supone incluir tanto el uso común general del dominio público como el uso especial.¹³⁰

En cuanto al artículo 140.1.f) de la LBRL, contiene los criterios mínimos de antijuridicidad en relación con la protección del “espacio público o cualquiera de sus instalaciones y elementos”, pudiendo ser calificadas como muy graves las infracciones que se refieran a un acto de “deterioro grave y relevante” de los mismos y siempre que no sean “derivados de alteraciones de la seguridad ciudadana”. Este último requisito viene, pues, a completar la exclusión del ámbito de aplicación de la LOPSC prevista en el último inciso del apartado a).

Si aplicamos todas estas consideraciones al caso concreto, debemos entender, en primer lugar, que el artículo 39.3 de la Ordenanza está tipificando la conducta “mantener relaciones sexuales mediante retribución en el espacio público” en la medida en que se concibe como una perturbación de la convivencia que afecta directamente a la tranquilidad, la salubridad o a los derechos de los demás, o bien como un impedimento del uso del espacio público o, en su caso, como un deterioro grave y relevante del mismo. Como hemos dicho ya, la pluralidad de fundamentos jurídicos que recoge el artículo 38 (protección de los menores, de determinados colectivos que pueden ser objeto de explotación y de la ordenación del tránsito público y la convivencia en general) facilita su incardinación en alguno de los supuestos antes descritos. No obstante, en nuestra opinión, el artículo 140 de la LBRL admite sólo la tipificación de infracciones que supongan una perturbación efectiva (relevante e inmediata) sobre el bien jurídico protegido. En consecuencia, la cuestión principal residirá, pues, en delimitar en qué medida dicha conducta supone una perturbación *relevante* al derecho de los ciudadanos a la tranquilidad, o al derecho de los menores a ser preservados de la exhibición de prácticas sexuales. Esta misma dificultad para determinar la relevancia de la conducta puede predicarse del criterio establecido en el apartado f) del artículo 140.1 de la LBRL.¹³¹

130. *Idem*.

131. No obstante, aun admitiendo que exista dicha relevancia, las críticas pueden venir de la mano del juicio de idoneidad o necesidad de la medida (en el marco del principio de proporcionalidad), puesto que la definición del tipo no parece la más adecuada al bien jurídico protegido; ¿hasta qué punto la nota de la retribución supone una mayor perturbación de la convivencia o la tranquilidad de los vecinos, o incluso, de los derechos de los menores? Es más, las relaciones sexuales en el espacio público que no estén retribuidas

Por otra parte, el encaje de la conducta del 39.3 en el “impedimento del uso del espacio público” pasa por entender que mantener relaciones sexuales en el espacio público restringe el uso del espacio público a los ciudadanos que tienen derecho a usarlo. Sin embargo, si realmente lo que quiere es proteger el espacio público, parece que, en atención a los criterios del 140 de la LBRL y a la intensidad de las consecuencias jurídicas, debía haberse incluido una exigencia similar a la prevista en el artículo 39.1 (“que estas prácticas excluyan o limiten la compatibilidad de los diferentes usos del espacio público”).

En cuanto a las infracciones graves y leves, el artículo 140.2 de la LBRL define los bienes jurídicos protegidos (tranquilidad, ejercicio pacífico de derechos, salubridad y ornato públicos, uso de un servicio o espacio público, funcionamiento de un servicio público) y los criterios de graduación de la infracción: la intensidad de la perturbación o el daño a dichos bienes.

En relación con la infracción del artículo 39.2 de la Ordenanza (que se califica como leve),¹³² creemos que es dudoso admitir que dicha infracción proteja la vialidad en lugares de tránsito público o el uso del espacio público por personas con derecho a utilizarlo, puesto que no se exige aquí la nota de que estas prácticas “excluyan o limiten la compatibilidad de los diferentes usos del espacio público”, sino que el desvalor de la conducta se deriva simplemente de desarrollar dichas conductas en un espacio determinado (a menos de doscientos metros de los centros educativos). En consecuencia, este tipo infractor parece vincularse directamente con el fundamento previsto en el artículo 38.1 de la Ordenanza que se persigue “preservar a los menores de la exhibición de prácticas de ofrecimiento o solicitud de servicios sexuales en la calle”.¹³³ En este sentido, parece, en su caso, la infracción debería enmarcarse en el criterio de la “perturbación ocasionada en el pacífico ejercicio de los derechos de otras personas” [artículo 140.2.a) de la LBRL], entendiendo que lo que se perturba son derechos de los menores. El problema residirá, a nuestro parecer, en si inciden aquí verdaderos “derechos” de los menores.¹³⁴

Finalmente, la habilitación legal debe extenderse también a las sanciones. En este sentido, las sancio-

quedarán sin sanción, sin que, a nuestro juicio, exista un grado de perturbación a la convivencia o a la tranquilidad distinto al existente si media dicha retribución.

132. Recordamos que se refiere al “ofrecimiento, solicitud, negociación o aceptación de servicios sexuales retribuidos en espacios públicos situados a menos de doscientos metros de distancia de centros docentes o educativos en los que se impartan enseñanzas del régimen general del sistema educativo”.

nes impuestas por la Ordenanza municipal deberán respetar los criterios del 141 de la LBRL. De acuerdo con su regulación, sólo encontrarán cobertura legal en este precepto las sanciones económicas y siempre dentro de los límites cuantitativos establecidos en función de la gravedad de los ilícitos (hasta 3.000 euros las muy graves, hasta 1.500 las graves y hasta 750 las leves). En el ámbito aquí analizado, no existen objeciones al respecto, ya que todas las infracciones previstas son castigadas con multas, cuyas cantidades respetan los límites cuantitativos de la LBRL.

5.2.6. Cobertura en el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña

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 (en adelante, LMRLC), atribuye a los entes locales catalanes la potestad sancionadora, a través de su artículo 8.1.f). Como ya hemos expuesto en relación con la LBRL, dicha previsión –idéntica a la del artículo 4.1.f) de la LBRL– es cobertura legal insuficiente para habilitar la potestad normativa en el ámbito sancionador local, de acuerdo con la vigente jurisprudencia constitucional relativa al principio de reserva de ley.

No obstante, el artículo 237 de la LMRLC sí se refiere a la tipificación de infracciones y sanciones por medio de ordenanza, aunque remite la concreta habilitación legal a lo que establezca la legislación sectorial; remisión que no supone, por tanto, cobertura adicional alguna. Este precepto no establece, pues, ninguna predeterminación normativa de las infracciones y sanciones en los términos definidos por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, el apartado 3 sí prevé que, en defecto de previsión legal distinta, podrán establecerse multas por infracción de las ordenanzas locales en unas determinadas cuantías máximas, de conformidad con los tramos poblacionales establecidos también al efecto.¹³⁵ En cualquier caso, creemos que la previsión de la LMRLC respecto a las sanciones no sirve tampoco para dar cumplimiento a la interpretación que del

artículo 25.1 de la CE hace hoy el Tribunal Constitucional, ya que no contiene un catálogo de las sanciones que puede establecer el municipio graduadas en función de la antijuridicidad de los ilícitos, al limitarse exclusivamente a atender a la variable poblacional.

6. Consideraciones finales

El análisis que acabamos de realizar acerca de la cobertura legal de las infracciones y sanciones tipificadas por la Ordenanza de convivencia del municipio de Barcelona en el ámbito de la prostitución ejercida en el espacio público pone de manifiesto algunas cuestiones que creemos deben tenerse en cuenta para intervenciones que puedan plantearse en este sentido en el futuro.

En primer lugar, no podemos obviar algunas reflexiones respecto al tema de fondo que ha servido de base para el análisis de la articulación entre la reserva de ley y la potestad sancionadora municipal y que no es otro que el fenómeno de la prostitución. A este respecto, partimos de lo que aquí ha quedado constatado: la escasa atención que el Derecho Administrativo presta a este tema en el ordenamiento español. Desde una posición abolicionista, el legislador estatal ha limitado sus actuaciones al ámbito penal, desarrollando medidas represivas contra la explotación sexual y el tráfico de menores, dejando en manos del tercer sector la atención de los problemas sociales y en manos de los municipios la respuesta a las demandas ciudadanas de protección de la convivencia ciudadana.

Sin embargo, en nuestra opinión, la prostitución es algo más que un problema de convivencia ciudadana y cuyo complejo abordaje compete a alguien más que a los municipios en exclusiva. No puede dejarse su regulación bajo la única responsabilidad de los municipios, que carecen de competencias y recursos para afrontar el tema de un modo global. La eficacia de las acciones locales se limita al ámbito territorial de su término municipal, con lo que, en muchas ocasiones,

133. Nótese que al definir este derecho, la Ordenanza no se refiere al carácter retribuido de los servicios sexuales. En consecuencia, si lo que se quiere proteger es el derecho de los menores a no ver unas *determinadas* prácticas ¿por qué se prohíben sólo *esas* prácticas cuando sean retribuidas? Desde otra perspectiva, ¿qué mayor atentado contra los derechos de los menores existe en ofrecer, solicitar, negociar o aceptar servicios sexuales en el espacio público si media retribución que cuando ésta no existe?

134. Esta es una cuestión que se plantea también en el marco de otros sectores regulados por la Ordenanza de convivencia de Barcelona, que, al establecer los diferentes fundamentos legales, se refiere en múltiples ocasiones a determinados derechos de los vecinos (por ejemplo, artículo, 19.1, derecho a disfrutar del paisaje urbano de la ciu-

dad, artículo 34.1, derecho a transitar por la ciudad sin ser molestado o perturbado en su voluntad...).

135. El artículo 237.3 de la LMRLC establece que:

“Si las leyes no establecen un régimen sancionador específico, pueden imponerse multas por infracción de las ordenanzas locales, las cuales no pueden exceder de 1.803,04 euros en municipios de más de 250.000 habitantes, de 901,52 euros en los de 50.001 a 250.000 habitantes, de 450,76 euros en los de 20.001 a 50.000 habitantes, de 300,51 euros en los de 5.001 a 20.000 habitantes, y de 150,25 euros en el resto de municipios.”

Cabe advertir que, tras la incorporación del nuevo título XI de la LBRL, estas cuantías no se ajustan a lo dispuesto por la legislación básica.

simplemente desplazan el problema al municipio colindante, sin afectar a sus causas.

En este contexto, mientras la intervención pública en esta materia quede bajo la responsabilidad de los municipios, se hace necesaria una advertencia genérica, derivada del caso que aquí hemos tratado. La especialidad del régimen jurídico de Barcelona y el propio carácter contingente de la convivencia ciudadana impiden el traslado automático de la regulación realizada por la capital catalana a otros municipios. Como hemos visto, el municipio de Barcelona goza de un régimen jurídico especial, que le dota a su vez de una cobertura legal específica, de la que carecen el resto de municipios.¹³⁶ En definitiva, goza de una habilitación legal propia en ámbitos como la seguridad ciudadana, que modula con un perfil diferenciado sus competencias y potestades. En este sentido, regulaciones como la adoptada por Barcelona en relación con la prostitución en el espacio público responden a las necesidades propias de la convivencia en dicho municipio, pero además tienen una cobertura legal “reforzada”, derivada de su régimen especial, que no es predicable de otros municipios.

Hecha esta primera consideración de tipo genérico, para concluir, queremos dejar constancia de otra cuestión que se deriva del caso analizado. La articulación (desde el punto de vista material) de las diferentes coberturas legales que pueden entrar en juego pone de relieve la necesidad de delimitar más claramente tres conceptos frecuentemente interconectados entre sí: convivencia, seguridad ciudadana y uso del espacio público.

Como venimos reiterando, la legislación que regula el régimen especial de Barcelona, tanto en su parte estatal (LREMB) como en su parte autonómica (LCMB), sitúa en el capítulo de las competencias dedicadas a la *seguridad ciudadana* el tratamiento de gran parte de las cuestiones reguladas por la Ordenanza municipal de medidas para fomentar y garantizar la *convivencia* en el espacio público. Por su parte, el título XI de la LBRL se refiere a la posibilidad de que los entes locales tipifiquen infracciones y sanciones, entre otras materias, para la ordenación de sus “relaciones de *convivencia* de interés local” y “el uso del espacio público”. Sin embargo, al desarrollar los criterios mínimos a los que debe ajustarse dicha ordenación municipal, el artículo 140 de la LBRL excluye de manera expresa las conductas que, a

pesar de suponer perturbaciones de la *convivencia*, puedan subsumirse en las infracciones de la Ley orgánica 1/1992, de protección de la seguridad ciudadana, quedando también excluidos del ámbito de aplicación de la LBRL los deterioros del *espacio público* que se deriven de “alteraciones de la *seguridad ciudadana*”.¹³⁷

La distinción no es baladí, puesto que, como hemos visto, si la conducta se incardina en la LOPSC, la reserva de ley sancionadora puede tener un alcance más estricto (coincidente con la tradicional reserva relativa) que si se incluye en los criterios del título XI de la LBRL (donde el legislador básico ha realizado una clara flexibilización de dicho principio). Asimismo, si entendemos que la seguridad ciudadana responde a un ámbito material distinto al de la Ordenanza de convivencia, teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional, ninguna de las previsiones legales dictadas al amparo de la competencia en seguridad ciudadana podría habilitar al municipio de Barcelona a tipificar infracciones y sanciones.

Habida cuenta de la relevancia práctica de que se hable de “relaciones de convivencia” o bien de “seguridad ciudadana”, creemos que se hace necesaria una reflexión acerca del contenido de estos conceptos, que en ningún caso se hallan definidos de un modo expreso en nuestro Derecho positivo. Sin poder entrar ahora a dar una respuesta definitiva, sí queremos apuntar algunos presupuestos de partida para dicho debate.

En primer lugar, cualquier definición de la convivencia debe partir, a nuestros efectos, de su concepción como un término de carácter jurídico. Es decir, hablar de convivencia significa hablar de unas reglas o normas sociales aceptadas por la comunidad, pero es necesario que estas normas formen parte del ordenamiento jurídico. Así, la convivencia ciudadana, en un sentido amplio, vendría a incluir todo aquel comportamiento tendente a cumplir con las leyes, respetando los derechos de los demás.

En segundo término y muy ligado a esta definición amplia que acabamos de proponer, la convivencia ciudadana, tal y como está siendo concebida en las diversas ordenanzas municipales, parece entroncar con la idea tradicional del “orden público” y la tríada de la tranquilidad, seguridad y salubridad.¹³⁸ Esta concepción se deriva a su vez del propio título XI de la LBRL. Basta con atender a cómo se concreta la mate-

136. Con la excepción que pueda hacerse también del municipio de Madrid, dotado también de un régimen municipal especial regulado por la Ley 22/2006, de 4 de julio, de capitalidad y del régimen especial del municipio de Madrid.

137. Recuérdese que, a su vez, la LOPSC dice tener entre sus finalidades (artículo 1) “asegurar la convivencia ciudadana”.

138. PONCE SOLÉ, J. “Sociedades pluriculturales y administraciones locales: Inmigración, diversidad y convivencia en las ciudades. Reflexiones jurídicas”, en *Cuadernos de Derecho Local*, 11, 2006, p. 36 y ss.

ria “relaciones de convivencia de interés local” del 139 de la LBRL en el apartado a) del 140 de la LBRL (perturbación de la convivencia... sobre la tranquilidad, salubridad u ornato públicos).

Por su parte, no existe tampoco una definición clara de la seguridad ciudadana, que, sin embargo, sí está presente en la Constitución española como una de las tareas encomendadas a las fuerzas y cuerpos de seguridad (artículo 104). El Tribunal Constitucional se ha referido sólo al concepto de seguridad pública, principalmente al analizar el alcance del título del 149.1.29 de la CE, incluyendo en él no sólo los servicios policiales, sino también otros ámbitos dirigidos a la protección de bienes, personas y la tranquilidad u orden ciudadano. Por contraposición a este concepto omnicompreensivo de seguridad pública, la doctrina¹³⁹ ha entendido que la seguridad ciudadana tiene un significado más estricto y se refiere a la protección de bienes y personas frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro, vinculadas directamente a las actividades o servicios policiales, a la “policía de seguridad”.

En definitiva, y a modo de propuesta provisional, podríamos decir que existe un primer *concepto amplio de convivencia ciudadana*, referente a las relaciones entre los vecinos y entre éstos y su entorno urbano. Concepto que englobaría, a su vez, los de seguridad ciudadana, convivencia en sentido estricto y también el de uso del espacio público. De este modo, la *seguridad ciudadana* (más estricta y precisa que la seguridad pública) incluiría la actividad policial dirigida a la protección de los ciudadanos frente a acciones ilícitas que requieren de una especial intensidad; por su parte, la protección de la *convivencia ciudadana en sentido estricto* (orden público) incluiría el resto de acciones dirigidas a la protección de la tranquilidad y de los bienes y las personas (actividades de carácter ordinario), exceptuando la protección del *espacio público*, que atendería al medio ambiente urbano y al uso común del dominio público. ■

139. CARRO FERNÁNDEZ-VILMAYOR, J.L. “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública”, RVAP, 27,

1990, p. 9-25. BARCELONA LLOP, J. Voz “Seguridad ciudadana”, a *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 6095-6100.

Los informes municipales de arraigo social y disponibilidad de vivienda adecuada expedidos a los extranjeros extracomunitarios: el papel en Cataluña de la Oficina del Padrón Municipal

1. La emisión del informe de arraigo social.

1.1. Marco legal. 1.2. Órgano responsable del informe de arraigo. 1.2.1. Modelos organizativos y procedimientos. 1.2.2. La elaboración del informe de arraigo por la Oficina del Padrón. 1.3. Elementos del procedimiento de elaboración del informe de arraigo. 1.3.1. Incorporación de los datos del Padrón en los expedientes de arraigo tramitados por otros servicios municipales. 1.3.2. Elementos del informe de arraigo: la certificación del período de residencia. 1.3.2.1. La consignación del período de residencia previa en el municipio. 1.3.2.2. Los medios de prueba admitidos para acreditar la presencia en el municipio. 1.3.3. La recomendación municipal de exención de la oferta laboral en la concesión del permiso de residencia temporal por arraigo. 1.4. Los informes de arraigo solicitados y las certificaciones emitidas.

2. Informe de vivienda a efectos de reagrupación familiar

2.1. Marco legal. 2.2. Participación del departamento del Padrón municipal en la emisión del informe de vivienda a efectos de la reagrupación familiar.

3. Conclusiones.

Bibliografía.

David Moya Malapeira
*Profesor de Derecho Constitucional
de la Universidad de Barcelona*

El objeto del presente trabajo es ofrecer una primera valoración sobre el proceso de asunción, por los municipios de Cataluña, de las nuevas atribuciones administrativas relativas a la reagrupación familiar y el arraigo de extranjeros extracomunitarios que les han asignado los artículos 42.2.e) y 46.2.c) del Reglamento de extranjería¹ (de ahora en adelante, REDYLE).

Esta primera valoración o aproximación se encuentra condicionada, no obstante, por varios factores. En primer lugar, por la escasez de datos existente y por la dificultad que supone su manejo y comparación, en algún caso además utilizaremos también datos de distinta procedencia, pues el objetivo no es tanto intentar demostrar de manera contrastada y concluyente todas las afirmaciones que aquí se hagan, sino simplemente ofrecer una descripción general del funcionamiento del Padrón municipal respecto de los extranjeros; segundo, la actividad municipal analizada en este trabajo se centra en el ámbito geográfico de Cataluña,² lo cual no impide que muchas de las afirmaciones o la validez del análisis conjunto no puedan ser perfectamente trasladables al resto de municipios del territorio español; tercero, tanto los resultados como las hipótesis que se formulan tienen un marcado carácter transitorio, al ser el trienio objeto de estudio (2005-2007) el primero de aplicación y despliegue de las nuevas atribuciones municipales sobre extranjeros, justamente después de producirse una amplia "normalización" (regularización), que ha condicionado profundamente e incluso en parte aplazado los potenciales efectos que estas nuevas facultades podrían haber desplegado de no haber coincidido en el tiempo con una regularización tan amplia; en este sentido, los datos recogidos durante este primer trienio no podrán más que servir de manera muy orientativa respecto del funcionamiento futuro de los procedimientos de regularización por arraigo social y reagrupación familiar. Finalmente, hace falta señalar que

ambos procedimientos, y los informes que a tal efecto elaboran los municipios, están pensados para los ciudadanos extranjeros no comunitarios, pues los comunitarios –y también sus familiares extracomunitarios bajo determinadas condiciones–, disfrutan de las libertades de circulación y residencia comunitarias y del principio de igualdad de trato, que excluyen la introducción de condiciones o requisitos de entrada o residencia más gravosos para los ciudadanos comunitarios que los exigidos a los nacionales.³

Con todas estas prevenciones, una primera aproximación al proceso de adaptación de los municipios catalanes a sus nuevas atribuciones reglamentarias es necesaria y fundamental para comenzar a identificar los problemas que estas atribuciones plantean, así como para disponer de un referente sobre el cual trabajar en estudios posteriores.

1. La emisión del informe de arraigo social

1.1. Marco legal

La vigente legislación de extranjería⁴ contiene diversas vías para la obtención de un permiso de residencia. La mayoría de ellas están previstas para extranjeros que pretenden entrar legalmente en España desde su país de origen, pero también contempla algunos procedimientos para la concesión de este permiso a los extranjeros que se encuentran irregularmente en el territorio, es decir, que permanecen en España sin ningún tipo de autorización de residencia o estancia. En condiciones ordinarias, la solicitud de un permiso de residencia temporal por arraigo es la principal vía o procedimiento de acceso a la regularidad de que disponen los extranjeros irregulares, lo cual la convierte en un elemento clave y característico del modelo migratorio español con relación a otros países de nuestro entorno.⁵

1. Real decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros y de su integración social, BOE, 6, de 7 de enero de 2005.

2. Una parte de los datos de los que se nutre este trabajo pueden consultarse en la Fundació Pi i Sunyer, que ha elaborado un detallado documento al respecto bajo el título *Informe Pi i Sunyer sobre la gestió municipal de l'empadronament dels immigrants* (disponible en www.pisunyer.org/immigracio). A su vez, esos datos sirvieron de base para la elaboración de un informe especial del Síndic de Greuges de Catalunya aparecido en enero de 2008 bajo el título *La gestió municipal de l'empadronament dels immigrants* (disponible éste en www.sindic.cat). Los datos que manejan ambas instituciones proceden de una encuesta realizada a una muestra de municipios de Cataluña sobre el funcionamiento del Padrón municipal en relación con los ciudadanos extranjeros. La muestra incluía una selección aleatoria de setenta y tres ayuntamientos entre los municipios de más de 5.000 habitantes y capitales de comarca. En diversas ocasiones nos referiremos a los

datos facilitados por dichos estudios. Igualmente, diversas hipótesis y conclusiones se fundamentan en tales datos, a los que nos remitimos.

3. Artículo 12 del TCE y tras la reforma operada por el Tratado de Lisboa, el artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada disponible en www.consilium.europa.eu.

4. Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social (en lo sucesivo LODYLE), reformada por las leyes orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003 y 14/2003 (BOE, 10, de 12 de enero de 2000, BOE, 307, de 23 de diciembre de 2000, BOE, 234, de 30 de septiembre de 2003, BOE, 279 de 21 de noviembre de 2003).

5. Para una comparación con otros estados europeos puede consultarse AJA, Eliseo y MOYA, David (coord.), *La legislación de inmigración en Europa. Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008 (en imprenta). Sobre la normativa precedente también puede consultarse AJA, Eliseo y DIEZ, Laura (coord.), *La regulación de la inmigración a Europa*, Colección Estudios Sociales, 17, Fundación La Caixa, Barcelona, 2005.

Ateniéndonos a la *conceptuación de arraigo* asumida en el actual Reglamento, se reconocen tres grupos de motivos excepcionales que justifican la concesión de un permiso de residencia temporal por arraigo: por motivos laborales [artículo 45.2.a) del REDYLE], por motivos familiares [artículo 45.2.b) del REDYLE], por razones de integración social [artículo 45.2.b) *in fine* del REDYLE] y por descendencia de españoles de origen (artículo 45.3 del REDYLE). En función de la situación o tipo de arraigo al que se quiera acoger el extranjero hará falta que demuestre reunir los requisitos establecidos por el Reglamento para cada tipo de arraigo. En línea con la filosofía de la Ley, el Reglamento vincula generalmente la residencia a la disposición de un trabajo como primera condición que es para la integración social, de forma que el arraigo familiar y el arraigo social vinculan la obtención del permiso de residencia temporal a la disposición de un permiso de trabajo obtenido en base a la existencia de una oferta laboral [artículo 45.2.b) del REDYLE]. Igual que cualquier permiso de residencia temporal inicial que autorice a trabajar, el obtenido por esta vía tiene una duración anual, puede limitarse geográficamente o en función del sector laboral asignado, y es susceptible de renovación en los mismos términos que un permiso inicial obtenido a través de una entrada regular. Sus especialidades se limitan a las condiciones exigidas para obtener el permiso y a su procedimiento, así como al hecho de que el solicitante se encuentra de manera irregular en el territorio.

Ahora bien, aun cuando esta conceptualización reglamentaria del arraigo de los artículos 45 a 47 del REDYLE constituye el parámetro normativo de referencia para los ayuntamientos, la concepción jurisprudencial del arraigo que se encuentra en el origen de la figura es mucho más amplia en su ámbito de aplicación que la reglamentaria, y además cuenta con una larga y sólida tradición,⁶ cuya validez es reiterada constantemente por los tribunales. Efectivamente, el

6. El arraigo es un concepto de origen jurisprudencial elaborado por los tribunales contencioso-administrativos para facilitar la regularización de extranjeros cuando las particulares circunstancias de un caso pusieran de manifiesto una íntima vinculación del extranjero con la sociedad receptora, que bajo la legislación anterior habitualmente no encontraban salida dentro los específicos mecanismos de acceso a la regularidad (STS de 13 de mayo de 1993, STS de 7 de marzo de 1994, STS de 20 de diciembre de 1994, STS de 29 de enero de 1998, STS de 3 de febrero de 1998 o STS de 13 de marzo de 1998 o más recientemente la STS de 27 de enero de 2003).

7. En este sentido, resulta ilustrativa la STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), 351/2007, de 23 de febrero, JUR 2007/244827, que recoge la definición jurisprudencial de arraigo al establecer que:

“En definitiva, la apreciación del arraigo exige la constatación de auténticas circunstancias subjetivas del mismo y vinculación del

concepto jurisprudencial de arraigo fue incorporado a la legislación de extranjería, concretamente al artículo 31.3.a) de la LODYLE, que efectúa una completa pero nada sorprendente delegación legislativa en el Gobierno, para establecer reglamentariamente los concretos mecanismos de regularización de extranjeros en que se traduce la idea de arraigo. En desarrollo de tal delegación, el Reglamento de ejecución de la Ley (REDYLE) ha operado una reducción de este concepto de origen jurisprudencial al reconducir su interpretación a una lista de supuestos y procedimientos administrativos regulados a los artículos 45 y siguientes del REDYLE. A pesar de esa reducción, el Tribunal Supremo ha insistido en que esa lista reglamentaria no es un *numerus clausus* (recientemente, la STS de 12 de abril de 2007, Sala Contencioso-Administrativa, Sala 5ª, RJ 2007/3704), pues el concepto de arraigo excepcional implica un cierto grado de indefinición; de este modo, aun los casos que no sean subsumibles en alguno de los supuestos reglamentariamente definidos pueden ampararse en los artículos 31.3 del TIDILE y 45.2.b) del REDYLE, obligando a la Administración a valorar tales situaciones y motivar su decisión, actividad administrativa que los tribunales podrán revisar a partir de una interpretación del concepto de arraigo excepcional más allá del marco reglamentario.⁷ Obviamente, la existencia de un *decalage* entre la definición jurisprudencial de arraigo y su reflejo reglamentario puede convertirse en una fuente de conflictos y litigios, pero sobre todo es una fuente de inseguridad jurídica para los ayuntamientos.

En cualquier caso, para acogerse a la modalidad de arraigo por integración social [artículo 45.2.b) del REDYLE], hará falta demostrar una estancia en España de un mínimo de tres años, una oferta de trabajo que reúna determinadas condiciones⁸ y un informe sobre el grado de inserción o integración social del extranjero emitido por los servicios sociales del ayuntamiento donde éste tenga su domicilio [artículo 46.2.c) del REDYLE]. El informe de arraigo social tiene

extranjero en nuestro país, entendido jurisprudencialmente como vínculos de orden familiar, social, económico o laborales, suficientemente relevantes por su consolidación, vigencia, continuidad e intensidad, para determinar la prevalencia del interés particular del recurrente al residir en nuestro país; extremos que a la vista de la prueba practicada consideramos debidamente demostrados y deben dar lugar al reconocimiento del permiso temporal solicitado; más cuando, insistimos, la situación del recurrente en España se ha regularizado a través de permisos de residencia y trabajo otorgados sin solución de continuidad con posterioridad al que es objeto de este recurso.”

8. Las condiciones específicas por el permiso de residencia temporal por arraigo se encuentran recogidas en el artículo 46 del REDYLE, y éste por remisión a otros preceptos del reglamento en cuestiones como la duración del contrato, la remuneración mínima, las condiciones que debe reunir el empresario, la titulación requerida, etc.

por finalidad certificar la integración de un extranjero en la sociedad de acogida, informe que con el nuevo Reglamento se convierte en una atribución de la Administración municipal.⁹ No obstante, dicho informe, siendo un acto de trámite esencial no deja de ser un acto instrumental (acto-presupuesto) dentro de un procedimiento más amplio como es el procedimiento de obtención de la autorización de residencia y trabajo temporal de carácter excepcional, procedimiento que se sustancia ante la Administración central del Estado, en concreto ante la Subdelegación del Gobierno [artículo 45.2.b) del REDYLE].

Varias razones justifican la opción normativa de asignar a los ayuntamientos donde el extranjero reside habitualmente la valoración de su grado de arraigo: primero, son las administraciones más próximas a los ciudadanos, también a los ciudadanos extranjeros; segundo, son las administraciones competentes en materia de servicios sociales, y las únicas que disponen de los equipos de trabajadores sociales cualificados para valorar realmente esta integración social, así como de certificar el empadronamiento en el municipio y la residencia durante el periodo requerido (tres años); tercero, constituyen una administración de la cual el extranjero irregular no debe temer la iniciación de actuaciones sancionadoras, como sí puede temerlas respecto de la Administración periférica del Estado, encabezada por la Delegación y Subdelegación del Gobierno, a las órdenes de las cuales trabajan las brigadas provinciales de extranjería de la Policía Nacional, encargadas precisamente de localizar a los extranjeros en situación irregular y tramitar su expulsión, decisión que corresponde al mismo delegado o subdelegado del Gobierno, en procedimiento regulado en los artículos 57 y siguientes de la LODYLE y 138 y siguientes del REDYLE.

Con respecto al *contenido del informe de arraigo*, el artículo 46.2.c) del REDYLE sólo especifica la necesidad de que el ayuntamiento concrete el tiempo de estancia en el territorio español, los conocimientos lingüísticos de los que dispone y su inserción en las redes sociales de su entorno, es decir, en asociaciones o entidades similares, pero también que se espe-

cifiquen los vínculos que presenta con la propia Administración o con otros sujetos privados, así como el seguimiento de programas de inserción sociolaboral, etc. Es igualmente destacable la facultad reconocida al ayuntamiento de solicitar (o más bien proponer) a la Subdelegación del Gobierno la exención del requisito de la oferta de trabajo si el extranjero acredita la disposición de recursos suficientes para su sostenimiento personal. En desarrollo de estas genéricas directrices sobre la solicitud y certificación de arraigo social, así como de los principales elementos de su procedimiento, las *Instrucciones sobre arraigo social* de junio de 2005 de la Dirección General para la Inmigración¹⁰ aclaran algunos extremos del informe como su carácter no vinculante, la necesidad de consignar en él los datos de que disponga el ayuntamiento sobre la vivienda que constituye su domicilio, admiten también la prueba del seguimiento de programas educativos o de formación laboral cursados por el extranjero o sus familiares directos, incluyen la actividad laboral por cuenta propia en su ámbito de aplicación, establecen un modelo oficial de acta para recoger el contenido de la entrevista personal, o imponen la obligación de que cualquier recomendación de exención del requisito del contrato de trabajo sea acompañada de una acreditación de la disposición de medios de vida suficientes. Igualmente, se establece la obligación municipal de comunicar y certificar el informe mediante "oficio" dirigido al delegado o subdelegado del Gobierno.

A pesar de contar con estas Instrucciones, subsisten numerosas lagunas sobre aspectos tales como los órganos responsables de emitir el informe, el tipo de procedimiento a seguir, la obtención e incorporación al mismo de la información relevante o sus efectos. A continuación se expondrá como los ayuntamientos catalanes han hecho frente a estas cuestiones.

1.2. Órgano responsable del informe de arraigo

Tras la aprobación del Reglamento de extranjería en 2004 y el consiguiente proceso de regularización, a lo largo de 2005 los municipios tuvieron que organizar-

9. El régimen de residencia de los extranjeros se considera un componente esencial de las competencias estatales exclusivas en materia de "extranjería" e "inmigración" (artículo 149.1.2 de la CE), razón por la que tradicionalmente su tramitación y concesión se han atribuido al Ministerio de Interior. Desde esta percepción, puede considerarse todo un cambio de óptica la incorporación, aunque todavía bastante limitada, de otras administraciones en el procedimiento de concesión de permisos de residencia por arraigo; ello demuestra la necesidad de atender a un conjunto de intereses que no se reducen a los estrictamente policiales, intereses como la promoción de los centros educativos nacionales, el derecho a la vida familiar, la promoción de determinados sectores económicos, la

captación de mano de obra en determinados sectores productivos, etc., que entran dentro de las esferas competenciales autonómicas e incluso locales. Esa parece también la lectura de tales competencias que proponen los nuevos estatutos catalán o andaluz [artículo 138.2 del EAC y artículo 62.1.b) del EAAnd].

10. Dictadas por la Dirección General de Inmigración, pueden obtenerse en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/reloex/INSTARRAIGOSOCIAL.pdf>. Una crítica a las mismas puede leerse ARRANZ GARCÍA, Carlos Onésimo, "Comentarios a las Instrucciones sobre arraigo social elaboradas por la Dirección General de Inmigración", disponibles en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/tema2/Onesimo.pdf>.

se para afrontar la prestación de un nuevo servicio creado y atribuido directamente por mandato reglamentario, un servicio del que disponían de escasos referentes normativos y que debía ofrecerse inmediatamente a partir de la entrada en vigor del Reglamento. La primera cuestión que debieron afrontar los municipios al entrar en vigor el Reglamento fue determinar el órgano municipal más adecuado para emitir los informes de arraigo, decisión que en gran medida se adoptó partiendo del modelo organizativo internamente establecido por cada ayuntamiento para afrontar el fenómeno migratorio, así como de la implicación que cada ayuntamiento quisiera asumir respecto a este nuevo servicio.

1.2.1. Modelos organizativos y procedimientos

Dado el silencio reglamentario al respecto y visto el margen que les otorgaba el principio de autonomía municipal, los ayuntamientos han seguido alguna de las dos opciones siguientes para determinar el órgano municipal responsable de la emisión del informe de arraigo: la primera opción (a), y la más simple, es la atribución de esta nueva facultad a *un solo órgano o servicio municipal*, lo cual reduce la importancia del procedimiento establecido para la emisión del informe, al sustanciarse el mismo en el seno de un mismo órgano. Una segunda opción (b), más compleja, ha sido la de encargar su emisión a *órganos o servicios municipales diferentes* en función de criterios de especialización o experiencia; obviamente, al instituir un procedimiento interdepartamental, esta segunda opción requiere una regulación del procedimiento donde se clarifiquen las diversas funciones que cada órgano o servicio asume.

a) La gran mayoría de los municipios parecen optar por atribuir este informe a *un único órgano*, al menos en Cataluña.¹¹ Si bien inicialmente podía parecer lógico que los municipios creasen un *órgano o unidad nueva* para elaborar el informe de arraigo, finalmente esta solución sólo parece haber sido adoptada en los municipios con una población mayor, donde el

volumen de trabajo justifique los costes de creación de un nuevo servicio.¹² Casi dos tercios de los municipios han optado por asignar la elaboración de los informes de arraigo social a *órganos o servicios preexistentes*, mayoritariamente a los *servicios sociales*,¹³ opción que es sencilla, rápida, con escaso impacto en el organigrama municipal, y a la vez coherente en el fondo con el cometido que comporta tal atribución, pues son los servicios sociales municipales los que –dentro de la estructura municipal– disponen de los conocimientos, experiencia e instrumentos más adecuados para valorar el arraigo de los vecinos extranjeros domiciliados en el municipio.¹⁴

En la línea de encargar a un solo órgano municipal la elaboración del informe, pero como opción alternativa, poco menos de una décima parte de los municipios han optado por encargar este informe al *departamento del Padrón municipal* y otro tanto encargaría esta tarea a *servicios municipales especializados*, sean *servicios de inmigración especializados* (departamento de derechos civiles, cooperación e inmigración, oficinas o servicios de acogida, apoyo y asesoramiento de inmigrantes), que cuentan con un mejor conocimiento del fenómeno migratorio en el municipio, sean *servicios municipales de carácter técnico*, relacionados con alguno de los aspectos a valorar en el informe, como la disponibilidad de vivienda, que explicaría que de éste se encargue, por ejemplo, el Departamento de Urbanismo; en cuyo caso la misma especialización técnica puede implicar a su vez una escasa experiencia y/o competencia en la valoración de otros aspectos tanto o más importantes implicados en el juicio sobre el arraigo social del extranjero solicitante, como su integración en las redes del entorno, la formación laboral, el dominio de la lengua, la situación personal o familiar, etc.

No obstante, la posibilidad de efectuar consultas internas facilita una mayor colaboración de la que refleja el hecho de que este informe se atribuya en exclusiva a un solo departamento o servicio.

11. El 92,9% en 2005, según la Sindicatura de Greuges. Cfr. Sindic de Greuges, *La gestió municipal de l'empadronament dels immigrants*, informe especial de enero de 2008, p. 38, *op. cit. supra*.

12. Por ejemplo, en la ciudad de Barcelona, donde se ha creado una unidad específica encargada de la tramitación y resolución de los informes de arraigo social, el Punto de Información de Arraigo, integrado en el Gabinete Técnico de Inmigración. Cfr. al respecto SANAHUJA, Ramón, "La Administración local y la gestión de flujos migratorios: El caso de Barcelona y la reagrupación familiar", comunicación presentada al V Congreso de la Inmigración en España, Migraciones y Desarrollo Humano, celebrado en Valencia en marzo de 2007 (www.adeit.uv.es/inmigracion2007/index.php).

13. Datos de la Sindicatura y del Informe Pi i Sunyer, *op. cit. supra*.

14. En función de la dimensión poblacional del municipio éste constituirá un área básica de servicios sociales o se integrará en un área

básica junto con otros municipios para la prestación de estos servicios sociales a la población. Los ayuntamientos hasta veinte mil habitantes que tengan capacidad para prestar servicios sociales de atención primaria pueden constituir un área básica o prestar los servicios singulares de este nivel que el ayuntamiento quiera promover. Para asegurar la coordinación necesaria, estos ayuntamientos lo deben comunicar al consejo comarcal correspondiente. Los municipios que no puedan prestar estos servicios por sí solos pueden agruparse por tal de constituir un área básica de servicios sociales. Véase el artículo 14 y siguientes del Decreto legislativo 17/1994, de 16 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto refundido de las leyes 12/1983, 26/1985 y 4/1994, en materia de asistencia y servicios sociales en Cataluña; DOGC, 1997, de 13 de enero de 1995, vigentes hasta la entrada en vigor de la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales (DOGC, 4990, de 18 de octubre de 2007), que los ha derogado.

b) Una segunda opción, seguida por una pequeña pero significativa parte de municipios, es la de encarar las diversas tareas que implica la elaboración del informe a *servicios o departamentos municipales diferentes*, dando pie a un verdadero *procedimiento interdepartamental*. La diferencia con las formas de colaboración anteriormente descritas (consultas internas), se encuentra en el hecho de que en estos procedimientos están claramente separadas la fase de tramitación del expediente –e incluso la propuesta de resolución–, que se asignan a un servicio municipal, principalmente un servicio especializado en inmigración (departamento de derechos civiles, cooperación e inmigración, oficinas o servicios de acogida, apoyo y asesoramiento de inmigrantes), de la fase de valoración y decisión final sobre el fondo del mismo, que se atribuyen a otro servicio, generalmente de carácter más técnico-político.

La instauración de un procedimiento interdepartamental presenta algunas ventajas sobre el modelo anterior: primero, al separar las funciones de atención, orientación y tramitación de los expedientes de las funciones de valoración y decisión, preserva, por un lado, la posición de los servicios especializados en inmigración como servicios de referencia para este colectivo, y por otro, asegura una cierta objetividad en la toma de decisiones, pues el órgano decisor no tiene una implicación personal o funcional en el bienestar del extranjero, como puede ocurrir respecto de los trabajadores sociales en el modelo anterior, que informan sobre el arraigo al mismo tiempo que asisten personalmente al extranjero en sus necesidades de asistencia social; segundo, dado que los requisitos de arraigo del artículo 46.2.c) del REDYLE son relativamente abiertos en su interpretación –como razonaremos más adelante–, el desarrollo y aplicación de los requisitos reglamentarios de arraigo es susceptible de orientaciones más restrictivas o más flexibles, razón por la cual conviene que los órganos municipales que tengan atribuida la decisión final de los expedientes dispongan de directrices políticas claras sobre la cuestión o, como mínimo, estén cerca de los responsables municipales que las establecen; en este sentido, los órganos técnico-políticos municipales se encuentran mejor situados para realizar esta tarea de desarrollo y aplicación de las políticas públicas municipales trazadas por los órganos políticos; tercero, en la medida en que el informe implica un cierto grado de discrecionalidad técnica, especialmente en los casos más difíciles, parece más adecuada la intervención de órganos con experiencia en la interpretación de la normativa apli-

cable y la resolución de expedientes administrativos, especialmente a la vista de la dimensión institucional que adquiere el informe y su carácter de acto-trámite, pero con una gran capacidad de influir sobre la resolución administrativa final de la Subdelegación del Gobierno respecto a la concesión o denegación del permiso de residencia temporal. Entre los posibles inconvenientes de este modelo se encuentran el incremento en el grado de formalización del expediente y del procedimiento mismo, así como la posibilidad de prolongar la tramitación y resolución de los expedientes, dado que estos servicios técnicos suelen tener un volumen de trabajo elevado, inconvenientes superables todos ellos con una adecuada coordinación interadministrativa.

Más allá, el modelo de colaboración interdepartamental en la emisión del informe de arraigo tiene especial sentido entre municipios con un porcentaje de población inmigrante elevado, así como entre municipios con un mayor crecimiento de la inmigración en los últimos años. Probablemente, a medida que aumente en los próximos años el número de solicitudes de informe de arraigo más municipios optarán por este modelo, pues permite una gestión más eficiente de los informes que combina los conocimientos especializados de cada uno de los departamentos o servicios intervinientes; su principal inconveniente es, por ahora, la ausencia de un procedimiento común normativamente establecido.

1.2.2. La elaboración del informe de arraigo por la Oficina del Padrón

Contra la comprensible tendencia general, que es asignar el informe de arraigo a los servicios sociales, el hecho de que una pequeña minoría de los municipios encargue a la Oficina del Padrón la elaboración del informe de arraigo social merece un análisis más detenido. La primera idea en este sentido es que, en estos casos, la Oficina puede actuar como responsable directo y único del informe o como principal responsable del mismo.¹⁵ Cuando las oficinas de empadronamiento actúan como responsables, únicos o principales, del informe se ven obligadas a realizar diferentes tareas más allá de la simple acreditación de la domiciliación del extranjero en el municipio, así como de la duración de la misma, por ejemplo, la comprobación del contrato de alquiler y de la oferta de trabajo como un municipio expresamente reconocía. Estos datos parecen apuntar al hecho de que, en algunos municipios, la Oficina del Padrón juega un papel más amplio que el de puro registro administrativo, pues la atribución de funciones suplementaria

15. Por principales responsables entendemos aquellos municipios donde acredita el tiempo de residencia, el contrato de alquiler

y la oferta de trabajo, así como el caso que da toda la atención menos la entrevista con los servicios sociales.

rias termina por convertirlo en una especie de oficina de atención y orientación general de los extranjeros, lo cual no parece una mala solución si carecen de otros servicios especializados en la localidad o el municipio dispone de una administración municipal muy reducida, y sobre todo si el volumen de inmigración, especialmente la recién llegada, no es demasiado alto, pues entonces esta nueva función asignada al Padrón no distorsionará excesivamente el resto de servicios que esta oficina presta.

Efectivamente, si tenemos en cuenta que los ayuntamientos más pequeños generalmente no disponen de servicios sociales propios,¹⁶ la atribución por razones operativas a la Oficina del Padrón del informe de arraigo no carece de sentido, especialmente cuando se trata de un informe de emisión obligatoria y exclusiva, de acuerdo con el artículo 46.2.c) del REDYLE. En el contexto de una administración y unos servicios municipales muy limitados, dos explicaciones complementarias sostienen esta atribución a la Oficina del Padrón: por un lado, en los municipios más pequeños seguramente la Oficina no tiene una entidad diferenciada del resto de la Administración del consistorio; por otro lado, en otros municipios la Oficina del Padrón constituye probablemente uno de los pocos departamentos o servicios permanentes del municipio, y seguramente cuenta con la máxima confianza de los responsables municipales –si es que no están dirigidos por el mismo secretario del ayuntamiento–. El hecho que en muchos casos el responsable del Padrón sea una persona con una larga experiencia en el cargo¹⁷ refuerza la idea de un servicio de confianza en el que el elemento personal juega un papel importante. Si además de situar la Oficina del Padrón bajo la responsabilidad del secretario del ayuntamiento, es la propia Oficina del Padrón la que gestiona directamente la base de datos del mismo –y no la Diputación Provincial como ocurre en los municipios de menor población–, ello podría explicar la atribución al mismo de todo el procedimiento de emisión del informe de arraigo social.

16. Los consejos comarcales asumen la coordinación y la gestión de los servicios sociales de atención primaria de los municipios menores de 20.000 habitantes de la comarca, así como la prestación, el mantenimiento y la mejora de programas y actuaciones en el ámbito de los servicios sociales y de bienestar y familia. En este sentido, el Consejo Comarcal coordina las unidades básicas de atención social (UBASP), que pueden tener sede en varios municipios de la comarca.

17. Datos de la Sindicatura y del Informe Pi i Sunyer, *op. cit. supra*.

18. En toda España se denegaron el 16,4% de las 691.655 solicitudes presentadas, de acuerdo con los datos publicados por el Ministerio del Interior, *Anuario estadístico de inmigración 2005* (<http://extranjeros.mtas.es/es/general/Anuario2005.pdf>). Ver sobre esta cuestión PAJARES, Miguel, "El proceso de regularización de 2005.

No obstante, tales hipótesis no explican por qué algunos municipios de mayor tamaño también atribuyen tal informe a la Oficina del Padrón Municipal. En los primeros años de despliegue del reglamento, ello podría atribuirse a la precaución de algunos ayuntamientos renuentes a crear nuevos servicios especializados dirigidos exclusivamente a la población inmigrante o la instauración de nuevos procedimientos de tramitación interdepartamentales. Si ésta es la explicación, esta solución transitoria debería evolucionar con cierta celeridad hacia la creación de unidades especializadas o, como mínimo, a procedimientos interdepartamentales de emisión del informe de arraigo social, pues hacia 2008 habrán pasado los efectos de la regularización de 2005, y las solicitudes de arraigo sin duda aumentarán en todos los municipios y particularmente en aquellos con un porcentaje más elevado de inmigrantes extracomunitarios recientemente llegados a España. De hecho, a partir del 2008 las personas excluidas del procedimiento de regularización del 2005 por carecer de residencia previa en el territorio (cerca de 113.000 en toda España de las cuales más de 21.000 en Cataluña),¹⁸ ya cumplirán el requisito de los tres años de estancia para acogerse a los diversos mecanismos de regularización por arraigo social o familiar del artículo 45 del REDYLE,¹⁹ grupo al que además probablemente se sumarán también otros extranjeros llegados con posterioridad a 2004 y que actualmente se encuentran en situación irregular.

1.3. Elementos del procedimiento de elaboración del informe de arraigo

Fuera de la determinación del órgano encargado de elaborar el informe de arraigo, una de las principales cuestiones que el artículo 46.2.c) del REDYLE deja abierta es la relativa al procedimiento de tramitación del expediente de arraigo, cuestión que al caer dentro de la esfera de la autonomía organizativa municipal, cada municipio ha resuelto libremente para poder dar así cumplimiento al mandato reglamentario.²⁰

Sus efectos posteriores sobre la inserción laboral de la población inmigrada", en Aja, Eliseo y Arango, Joaquín (ed.), *Anuario de la inmigración en España en 2006*, CIDOB (coord.), Barcelona, 2007, p. 215.

19. En esta línea, SOLÉ ALAMARJA, Eduard, *Extranjeros en España: ¿Y después de la regularización, qué? Análisis de las situaciones administrativas derivadas del proceso de normalización de trabajadores extranjeros*, Grupo Difusión, Madrid, 2006.

20. De esta situación de falta de parámetros para coordinar la actividad municipal se hace eco en varias ocasiones el Informe sobre la situación de la integración de inmigrantes en 2007, elaborado por el Foro para la Integración Social, especialmente en sus páginas 23 y siguientes, documento disponible en www.mtas.es/migraciones/Integracion/Foro/docs/Informe-situacion-integracion-inmigrantes2007.pdf.

1.3.1. Incorporación de los datos del Padrón en los expedientes de arraigo tramitados por otros servicios municipales

De alguna manera, todas las oficinas del Padrón municipal participan en la tramitación del informe de arraigo social,²¹ aunque sea simplemente para poner a disposición de otros departamentos municipales, convenientemente organizada y sistematizada, la información padronal relativa a los vecinos extranjeros afincados en el municipio. De hecho, en la mayoría de municipios parece que la participación de la Oficina del Padrón en tal procedimiento es bastante "pasiva", pues se limitan a permitir la consulta del Padrón por parte de otros departamentos o servicios municipales, interesados en acceder al único registro acreditativo de la condición de vecino del extranjero en el que se refleja la duración de su empadronamiento, dato éste esencial que debe consignarse en los informes de arraigo social. Si se deja de lado el minoritario grupo de municipios que tramitan el informe de arraigo en calidad de responsables únicos o principales del mismo, es interesante examinar los procedimientos seguidos por los municipios para incorporar los datos de empadronamiento al expediente que tramitan los servicios municipales responsables del informe de arraigo (servicios sociales, generalmente), pues la configuración del procedimiento incide directamente sobre los derechos de los administrados.

En la mayoría de municipios, los datos del Padrón generalmente se incorporan al expediente, o bien mediante una consulta interna, o bien requiriendo al

extranjero para que él mismo recabe a cada departamento municipal los certificados correspondientes.

En el primer caso, es decir, cuando los datos del Padrón se incorporen al expediente por parte de la unidad o servicio municipal al que se haya asignado la emisión del informe (generalmente los servicios sociales), mediante una *consulta interna*,²² parece que tales consultas pueden revestir dos modalidades distintas:

a) Las *consultas internas interdepartamentales* que, a falta de un procedimiento estándar, parecen ser bastante frecuentes, acaban dependiendo en su realización del nivel de formalidad que cada administración municipal les atribuya: así, en unos casos se lleva a cabo una actuación de oficio para la expedición de un volante de empadronamiento, y en otros casos las consultas se realizan por conductos o trámites más informales (intercambio interno de información, correo interno, etc.). Ante la falta de un procedimiento normativamente previsto, la opción más razonable parece ser la expedición de oficio de un volante de empadronamiento, tal y como recomienda a sus municipios, por ejemplo, la Diputación de Barcelona.²³ En aquellos casos en que la Diputación Provincial se encarga de la gestión del Padrón,²⁴ la consulta interna por parte de la Administración municipal se elevará a ésta.

b) Las todavía minoritarias *consultas internas directas*, consistentes en el acceso por los mismos servicios sociales a la información contenida en la base de datos del Padrón, en un acceso que puede ser directo e

21. La consulta interna por otros servicios municipales de sus datos o la simple expedición de un certificado de empadronamiento al extranjero que tramita su informe de arraigo social ante otro órgano municipal no implican necesariamente la notificación a esta oficina de la finalidad de la consulta o solicitud de certificación. De hecho, las oficinas del Padrón parecen estar bastante desvinculadas del procedimiento de emisión de los informes de arraigo social a pesar de que en los mismos necesariamente deben consignarse los datos que figuran en el Padrón. Sobre el grado de conocimiento de tales informes por los responsables de las oficinas del Padrón, véanse los informes de la Sindicatura y de la Fundació Pi i Sunyer, *op. cit. supra*.

22. El artículo 16.3 de la LRBRL contempla la consulta administrativa de datos padronales, al establecer:

"Los datos del Padrón municipal podrán cederse a otras administraciones públicas que lo soliciten sin consentimiento previo del afectado solamente cuando sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias, y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes."

Este precepto prevé las consultas por parte de otras administraciones, no la consulta intraadministrativa, pero puede inferirse la posibilidad de que la misma Administración municipal utilice estos datos para el cumplimiento de las funciones municipales que le son propias, entre las cuales el informe de arraigo del artículo 46 del REDYLE. Además, se puede argumentar que al ser el propio extranjero quien solicita la emisión del informe, si el propio escrito de soli-

cidad no incluye una autorización expresa y escrita para la consulta de sus datos, la autorización para la consulta de los mismos puede entenderse implícita [aunque ciertamente la normativa sobre protección de datos personales no acoge por regla general las autorizaciones implícitas para la consulta de datos personales, la excepción la constituye el artículo 11.2 de la Ley orgánica 15/1999, de regulación del tratamiento automatizado de datos (LORTAD), que parece admitir tal cesión "cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros"]. Más problemática puede ser la exigencia derivada de las Instrucciones de 2005 de que todo informe debe ser comunicado a la Subdelegación del Gobierno, con todos los datos que figuran en el mismo, especialmente si el informe es negativo, pues es posible que el extranjero renuncie a la vista del mismo a formular su petición de permiso ante la Subdelegación, en cuyo caso la imposición de una obligación mediante instrucciones a un ayuntamiento para que comunique datos del Padrón a la Subdelegación, puede plantear algunas dudas, reforzadas por la lectura del Informe 211/2004 de la Agencia de Protección de Datos, sobre el acceso al Padrón por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

23. Consúltese en este sentido www.diba.cat/diversitat/fitxers/InstruccionsInformesArrelament.pdf.

24. Artículo 17 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local (LRBRL), en redacción de la Ley 4/1996, de 10 de enero.

inmediato cuando los servicios sociales accedan por sí mismos al Padrón, o mediato o indirecto cuando haga falta la actuación interpuesta de la Diputación en tanto que entidad gestora del Padrón.²⁵

En segundo lugar, muchos municipios optan por exigir al extranjero que aporte por sí mismo el volante o certificado de empadronamiento, descargándose de esta manera de un trámite en la substanciación del expediente. La exigencia de esta información, que ya opera en manos de la Administración y que podría obtener fácilmente, supone trasladar dicha carga al extranjero solicitante, carga que no debería ser obligatoria sino voluntaria; así, el extranjero podría acortar los plazos de tramitación del informe de arraigo mediante la aportación *de motu proprio* de tales documentos. No obstante, teniendo en cuenta el nivel de informatización del Padrón y las posibilidades que tiene la propia Administración municipal de consultarlos, esta explicación tampoco resulta excesivamente convincente pues la incorporación de tales datos debería poderse efectuar casi automáticamente sin demorar el procedimiento. En estas circunstancias, y a la vista de que los municipios con mayor porcentaje de inmigrantes extracomunitarios son los que exigen la aportación por el propio extranjero del volante o certificado de empadronamiento, la explicación parece más bien ser que los municipios prefieren tal opción para reducir su carga de trabajo ante el número de solicitudes de informe de arraigo,²⁶ traspasando en realidad al extranjero en primer lugar, y a la Oficina del Padrón en segundo lugar, la carga de dicho trámite.

1.3.2. Elementos del informe de arraigo: la certificación del período de residencia

De conformidad con el artículo 46 del REDYLE y las *Instrucciones sobre arraigo social* de junio de 2005, el informe sobre arraigo del extranjero en el municipio se debe valorar por los servicios municipales en relación con un conjunto de elementos, los principales de los cuales se encuentran recogidos en tal precep-

to reglamentario: dominio de la lengua/s, cursos de integración sociolaboral seguidos, experiencia laboral, así como otras actividades y, destacadamente, el periodo de residencia regular y/o irregular al municipio. Las Instrucciones, a su vez, concretan e incluso matizan la regulación reglamentaria del contenido del informe, como ocurre con la necesidad de que se consignen en el mismo los datos de que dispone el ayuntamiento sobre la vivienda en la que alega haber establecido su domicilio el extranjero, la admisión como prueba del arraigo de los programas educativos o de formación laboral cursados no solamente por el extranjero sino también por sus familiares directos, la posibilidad de admitir la actividad laboral por cuenta propia, la limitación de que cualquier recomendación de exención del requisito del contrato de trabajo se acompañe de una acreditación de la disposición de medios de vida suficientes o la necesidad de levantar acta de conformidad con el modelo anexo si se considera necesario proceder a una entrevista personal con el extranjero.²⁷

De todos estos elementos nos centraremos aquí en los relacionados con la certificación del *periodo de residencia regular y/o irregular en el municipio*, que generalmente se documenta mediante consulta o certificado de la Oficina del Padrón, en concreto, respecto a dos cuestiones muy concretas: la consignación del período de residencia previa en el municipio y los medios admitidos para acreditar la misma.

1.3.2.1. La consignación del período de residencia previa en el municipio

Un pequeño pero significativo número de municipios no especifican en sus informes de arraigo el periodo de residencia previa del extranjero en el municipio (es decir, no indican la fecha en que se dio de alta en el Padrón un extranjero), simplemente certifican la residencia durante tres años en el municipio. La certificación de la residencia previa de tres años en España, siendo como es una información esencial para la

25. Lo más probable es que se tramiten a través del servicio de consulta del volante del Padrón municipal del Consorci Administració Oberta de Catalunya (Consorci AOC), en el cual se encuentran actualmente integrados 519 ayuntamientos, 27 de manera directa y el resto a través de las diputaciones de Barcelona (219), Girona (61), Tarragona (89) y Lleida (123), que representan el 65% de la población de Cataluña (www.aocat.net/serveis/padro.htm).

26. Como apunta el informe especial del Síndic de Greuges, aun cuando el procedimiento de consulta interna parece menos gravoso para el extranjero, paradójicamente los datos apuntan a que los municipios con un número más grande de inmigración extracomunitaria –y por lo tanto potencialmente receptores de más solicitudes–, optan por la segunda vía, es decir, exigen al extranjero la obtención de un volante o certificado de empadronamiento por sí mismo, segu-

ramente por razones de comodidad o economía de medios. *La gestió municipal...*, *op. cit. supra*, p. 39.

27. El hecho de que una instrucción añada nuevos elementos de prueba a aportar más allá de los establecidos en la ley o el reglamento, ha sido valorado negativamente por la jurisprudencia cuando estas pruebas son en perjuicio del extranjero. Así lo ha considerado en las recientes STS de 12 de abril de 2007 (2007/3704), y en igual sentido las STS de 25 de enero de 2007 (Aranzadi 2007/834), STS de 12 de abril de 2007 (Aranzadi 2007/4602), STS de 31 de mayo de 2007 (Aranzadi 2007/4823) y STS de 24 de mayo de 2007 (Aranzadi 2007/5890), donde se admiten las notas informativas y resoluciones como criterios interpretativos de las leyes o reglamentos si juegan a favor del extranjero, pero nunca si desviándose de aquello dispuesto en la norma superior perjudican al extranjero.

expedición por la Subdelegación del Gobierno del permiso de residencia excepcional por arraigo y una exigencia claramente recogida en las Instrucciones de la Dirección General de Inmigración, obliga a buscar una posible explicación a esta divergencia de actuaciones, teniendo en cuenta que los artículos 45.b) y 46.2.c) del REDYLE sólo exigen la residencia (irregular) previa en España durante tres años y la acreditación del tiempo de residencia del extranjero en su domicilio, pero no el concreto periodo.

La primera explicación posible es que algunos municipios se limitan a certificar que efectivamente el extranjero ha residido tres años en el municipio pero, siguiendo el principio consagrado en la legislación sobre protección de datos personales de dar la mínima cantidad de información necesaria para el cumplimiento de las concretas funciones atribuidas a la Administración solicitante, sólo facilitarán a otra Administración aquellos datos del Padrón absolutamente imprescindibles para la realización de su tarea, entre las que no incluyen la fecha de alta en el Padrón municipal.

Frente a esta explicación de carácter jurídico, una segunda línea de explicación, de carácter muy práctico, juega en sentido contrario. La inclusión de esta información no estrictamente requerida se explicaría por la comprensible tendencia de los municipios –especialmente en un momento inicial de consolidación de nuevas atribuciones– a sobreargumentar sus informes y darles la máxima verosimilitud ante la Subdelegación del Gobierno, de forma que una cuestión como el periodo de empadronamiento en el municipio se trata de objetivar con la inclusión de la fecha de alta en el Padrón. Con este intento de “blindaje” del informe, se busca un efecto que ya habíamos apuntado inicialmente: reducir el margen de la Administración estatal para denegar el permiso de residencia. Esta voluntad de “blindar” los informes y, en consecuencia, asegurar la regularización del extranjero, se corrobora por la tendencia de algunos municipios a certificar también aspectos que, en puridad, no les atañe a ellos analizar, como la existencia de la oferta laboral de que habla el artículo 45.2.b) del REDYLE, y llega hasta el punto de realizar una evaluación de las condiciones de regularización más amplia que el examen de arraigo, que es el que estrictamente les corresponde, y que es casi idéntica a la que hace la Subdelegación del Gobierno, actuando en la práctica como un filtro previo al examen por la autoridad estatal.

La tensión entre ambas tendencias, restrictiva de protección de datos y sobreargumentativa para ase-

gurar que la solicitud de arraigo prospere, puede explicar la divergencia entre municipios respecto a esta cuestión. Cuando se analiza la opción por una solución o la otra en función de las diversas características de los municipios, se refuerza la idea de que son razones objetivas, jurídicas o prácticas las que determinan esta actitud de los municipios, sin que aparentemente influyan ni las políticas municipales sobre inmigración, ni el volumen, ni la composición o las características de los grupos de inmigrantes presentes en el municipio.²⁸

1.3.2.2. Los medios de prueba admitidos para acreditar la presencia en el municipio

Si el problema anterior puede tener una relevancia práctica menor, una cuestión mucho más frecuente y práctica se plantea cuando el extranjero no acredita una residencia en el municipio superior a tres años, pero sí si se admite para dicho cómputo el tiempo pasado como vecino en otros municipios españoles. En este punto, la redacción de las Instrucciones es confusa, pues por un lado requiere de los ayuntamientos que certifiquen “el tiempo de permanencia del trabajador extranjero en el mencionado municipio (especificando el que le conste al ayuntamiento)”, si bien más adelante considera motivo de inadmisión a trámite de las solicitudes que la documentación aportada “para acreditar la permanencia en España muestre sin el menor asomo de duda que no cumple este requisito”, dejando entender entonces que la certificación del empadronamiento en otros municipios corresponde aportarla al extranjero, pero es admisible. Efectivamente, la correcta lectura del artículo 46.2.c) del REDYLE pasa por considerar que la consignación en el informe de arraigo de la duración de la estancia en el municipio corresponde al municipio emisor del informe de arraigo, pero que si el extranjero ha vivido en otros municipios de España puede acogerse también a esta modalidad de arraigo y, en todo caso, aportar los respectivos certificados de empadronamiento ante el municipio que elabora el informe de arraigo social (y evitar así la inadmisión a trámite de su solicitud), certificados que deberá también aportar posteriormente ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno.

Por otro lado, a pesar de la dicción del Reglamento y de las Instrucciones, es importante recordar aquí que el certificado de empadronamiento constituye prueba habitual de la residencia, aunque no única, pues la abierta redacción del precepto permite aportar otros medios de prueba admitidos en Derecho para demos-

28. Datos de la Sindicatura y del Informe Pi i Sunyer, *op. cit. supra*.

trar la permanencia en el municipio/s.²⁹ Para analizar esta exigencia existe toda una experiencia acumulada a la vista de mecanismos de regularización extraordinaria anteriores (excepcionales y ordinarios), donde se exigía la demostración de la permanencia previa al territorio con anterioridad a una fecha fijada por la norma de regularización. Con la excepción del proceso de normalización de la disposición adicional 3.1.a) del REDYLE, en la que se exigía textualmente el empadronamiento para acogerse al proceso de normalización-regularización, y sobre cuya interpretación los tribunales estaban divididos,³⁰ la jurisprudencia de los tribunales ha venido sosteniendo invariablemente que la prueba de la residencia a estos efectos está abierta a todos los medios disponibles, posición muy clara con anterioridad a la aprobación de la Ley orgánica 4/2000,³¹ que consagró la función del Padrón como mecanismo de prueba de la permanencia en el municipio, pero también después a los efectos de la regularización extraordinaria de 2000³² y la revisión de la misma en el 2001³³ y el procedimiento de regularización permanente del Real decreto 864/2001, de 20 de julio (reglamento anterior al REDYLE y actualmente derogado, pero vigente durante cerca de tres años), que permitía la regularización si se demostraba la permanencia previa en el territorio, la prueba de la misma no se circunscri-

bía solamente en el empadronamiento.³⁴ De la tradicional apertura de los mecanismos de regularización por arraigo y de su interpretación por los tribunales, se debe concluir que son admisibles otros medios de prueba para demostrar la presencia en el municipio, especialmente si los términos de la norma son relativamente abiertos como es el caso del artículo 46.2.c) del REDYLE, pues de esta manera se facilita el acogimiento a estos mecanismos de regularización de personas que no han tenido la oportunidad o la información necesaria para empadronarse. A partir de aquí, la prueba de la permanencia en el municipio si no hay empadronamiento puede ser muy variada pero debe tener cierta solidez; los tribunales han admitido certificados de visitas médicas o tratamientos hospitalarios, seguimiento de cursos realizados por entidades públicas o privadas, declaraciones de vecinos ante notario, etc. En particular, resulta sumamente útil como criterio de referencia para los servicios de los ayuntamientos, y no sólo para la Oficina del Padrón, la *Resolución de 14 de abril de 2005, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local*, utilizada durante la regularización-normalización de 2004 para expedir certificado de empadronamiento por omisión a los extranjeros empadronados con posterioridad a la fecha exigida por el Reglamento,

29. Así lo entiende también la Diputación de Barcelona, que en sus recomendaciones para la emisión del informe incluye la posibilidad de inferir esta presencia en España del sello de entrada estampado en el pasaporte del extranjero.

30. Tanto el Real decreto 2393/2004 como la Orden PRE/140/2005, de 2 de febrero, que desarrollaba el procedimiento aplicable al proceso de normalización (BOE, de 3 de febrero de 2005, 29, p. 3709), exigían textualmente el empadronamiento en el municipio, requisito muy criticado por su taxatividad, que ha dado lugar a diferentes interpretaciones por parte de los tribunales. Así, en el sentido de considerarlo un requisito indispensable e insustituible, el TSJCA de Navarra (STSJ de Navarra 385/2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 26 de mayo, o la STSJ de Navarra 187/2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 15 de marzo), mientras que en contra se ha pronunciado, por ejemplo, el TSJCA de Baleares (STSJ de Baleares 204/2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 27 de febrero). En el mismo sentido, por ejemplo, las STJCA de Andalucía, Cádiz, núm. 2, de 20 de febrero de 2006, y STJCA de Andalucía, Cádiz, núm. 2, de 17 de abril de 2006, donde la atención sanitaria no se consideró suficiente prueba de arraigo a efectos de la regularización de 2004. Precisamente esta situación dio lugar a la práctica del empadronamiento por omisión, sobre la cual se puede consultar la STJCA del País Vasco, Donostia-San Sebastián, núm. 1/2006, núm. 2, de 2 de enero.

31. Regularizaciones hubo en el 1985 con ocasión de la aprobación de la Ley orgánica 7/1985, disposición transitoria 2, en 1991 a instancias del Congreso de los Diputados a raíz de la Proposición no de ley de 1991 sobre inmigración en España, y en 1996 al aprobar el nuevo Reglamento de extranjería mediante el Real decreto 155/1996, de 2 de febrero, disposición transitoria tercera. Sobre la aplicación de este último se puede ver la STSJ de Cataluña núm. 100/2002, Sala Contencioso-Administrativa, Sección 2ª, de 28 de enero.

32. Regularización extraordinaria establecida por la disposición transitoria primera de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, y desarrollada por el Real decreto 232/2000, de 18 de febrero. El artículo 1.1.1 establecía de manera abierta la prueba de la permanencia previa, y el artículo 3.5 reforzaba esta comprensión amplia de la prueba de permanencia:

“Todos los extranjeros incluidos en el ámbito de aplicación del presente Real decreto, además de lo dispuesto en los apartados anteriores, deberán aportar documentación acreditativa de que se encontraban en España antes del día 1 de junio de 1999 y de que han permanecido de forma continuada en dicha situación.”

Sobre la aplicación del mismo, véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 134/2004 (Sala Contencioso-Administrativa, Sección 1ª), de 18 de febrero, sentencia del Tribunal Superior de Justicia Canarias, Santa Cruz de Tenerife, núm. 599/2003 (Sala Contencioso-Administrativa, Sección 1ª), de 30 de junio, o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala Contencioso-Administrativa, Sección 1ª), de 16 de septiembre de 2002.

33. Real decreto 142/2001, de 16 de febrero, por el que se establecen los requisitos para la regularización prevista en la disposición transitoria cuarta de la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE, 44, de 20 de febrero de 2001).

34. Sobre la aplicación de los mecanismos de regularización por arraigo laboral, familiar o social del artículo 41 del Real decreto 684/2001, pueden consultarse las STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, núm. 30/2005 (Sala Contencioso-Administrativa, Sección 2ª), de 28 de enero; o la STSJ de Extremadura, núm. 78/2005 (Sala Contencioso-Administrativa, Sección 1ª), de 31 de mayo.

pero que aportaban documentos justificativos de la permanencia previa en el municipio. La Resolución enumeraba una serie de documentos a tener en cuenta para considerar que la persona disponía de domicilio en el municipio o había vivido en España durante el periodo exigido.³⁵

1.3.3. La recomendación municipal de exención de la oferta laboral en la concesión del permiso de residencia temporal por arraigo

Bajo la apariencia de una decisión reglada fundamentada en criterios objetivos, la recomendación de exención de la oferta laboral se mueve dentro de un relativo espacio de discrecionalidad. En ausencia de ningún parámetro reglamentario, esta discrecionalidad no sólo es de carácter técnico (la indeterminación del concepto “inserción en las redes sociales del entorno”, la discutible consideración de determinadas actividades como indicativas de un cierto grado de integración social, el dominio de la lengua evaluado a partir de una simple conversación con el extranjero en ausencia de otros criterios, la participación en programas de inserción sociolaboral tanto públicos como privados), sino también política, en la medida en que pueden acabar siendo necesarias determinadas directrices u orientaciones de los responsables políticos del municipio sobre elementos como la recomendación de la exención de la oferta de trabajo, o la aplicación de los criterios anteriores.³⁶ En sí misma, la discrecionalidad es hasta cierto punto inevitable (y deseable, como mecanismo flexibilizador del sistema), siendo la llave de la misma –como siempre– la motivación, que si recoge con detalle los elementos de juicio permite su revisión tanto por la Subdelegación del Gobierno, cuando le corresponda ulteriormente resolver sobre la concesión del permiso de residencia, como por los tribunales posteriormente, que a su vez controlarán la decisión de la Subdelegación, quien también deberá motivar cualquier desviación del informe municipal de arraigo social. La obligación de motivación protege los derechos del administrado, concretamente el derecho a conocer las razones administrativas que sustentan tal

denegación y el derecho a la tutela judicial efectiva sobre tal decisión administrativa (sentencia del TSJCA, núm. 2, de Alicante, núm. 165/2006, de 5 de mayo).

La ausencia de criterios reglamentarios o comunes sobre el ejercicio municipal de la facultad de recomendación de la exención de la oferta laboral convierte a ésta en una facultad discrecional en manos de los municipios, que se aviene muy bien con el carácter de mecanismo último o recurso de regularización excepcional. Admitido esto, la discrecionalidad técnica seguramente se moverá dentro de algunos parámetros o directrices políticas, y hará falta que se ejerza de manera consistente para evitar resultados arbitrarios. En la práctica, los municipios (no todos) abiertos a la posibilidad de recomendar la exención de la oferta laboral, generalmente hacen uso de la misma cuando existe verdaderamente arraigo y las circunstancias del caso así lo aconsejan, sea ello porque las personas o bien (1) no tienen posibilidad de aportar un contrato de trabajo pero tienen ingresos propios (pensionistas, trabajadores por cuenta propia en pequeñas actividades lucrativas como artistas de calle, artesanos, vendedores ambulantes...); o (2) dependen de otras personas (menores, disminuidos, mayores de 65 años, personas mantenidas por su pareja); o (3) presentan circunstancias personales muy particulares (unidades familiares en riesgo de ruptura, mujeres con hijos menores, personas no aptas para trabajar, etc.); consideraciones todas ellas que parecen bastante razonables. En todo caso, la decisión última sobre la regularización de un concreto extranjero corresponde a la Subdelegación.

1.4. Los informes de arraigo solicitados y las certificaciones emitidas

En el año 2005, al entrar en vigor el Real decreto 2393/2004 (REDYLE), coincidieron en el tiempo dos mecanismos dirigidos a regularizar a los extranjeros en situación irregular que pudieran acreditar una relación laboral mínimamente estable: por un lado, la regulari-

35. Resolución de 15 de abril de 2005, por la cual se dispone la publicación de la Resolución de 14 de abril de 2005, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local, por la cual se dictan instrucciones técnicas a los ayuntamientos para la expedición de certificaciones al Padrón acreditativas de la residencia anterior al 8 de agosto de 2004, para los extranjeros afectados por el procedimiento de normalización inscritos con posterioridad (BOE, 91, de 16 de abril de 2005). Los documentos que enumera son: copia de la solicitud de empadronamiento no resuelta o denegada debidamente registrada en el municipio, tarjeta de asistencia sanitaria de un servicio público de salud donde conste la fecha del alta, o en su caso, certificación a la

que conste la fecha de antigüedad del alta, copia de la solicitud de escolarización de menores debidamente registrada, copia de la solicitud debidamente registrada, certificación del informe de los servicios sociales o notificación de la resolución de percepción de ayudas sociales, documento de alta laboral o certificación de la Seguridad Social, copia de la solicitud de asilo debidamente registrada, notificación de resoluciones derivadas de la normativa de extranjería emitidas por el Ministerio del Interior.

36. De hecho, los datos del Síndic muestran cómo una parte importante de los responsables municipales del Padrón en Cataluña se mostraban contrarios a la recomendación de la exención (38,6%). Cfr. *La gestió municipal, op. cit. supra*.

zación extraordinaria³⁷ (“normalización”) de la disposición transitoria 3 del REDYLE; y por otro, las disposiciones sobre arraigo extraordinario del artículo 45 del REDYLE. La primera establecía, sin embargo, unos requisitos más flexibles que atrajeron de forma masiva a los extranjeros irregulares y que hizo aflorar a más de 550.000 extranjeros en toda España, de los cuales unos 119.000 en Cataluña.³⁸ Es lógico, pues, que aquel año el número de extranjeros que pidieron un informe de arraigo social del artículo 46 del REDYLE fuera sensiblemente más reducido del que hubiera correspondido de no haberse abierto el proceso de normalización-regularización el año antes. Es más, los extranjeros que lo pidieron eran fundamentalmente: uno, extranjeros que por una u otra razón no podían acogerse a la regularización extraordinaria (principalmente por falta de una oferta formal de trabajo); dos, extranjeros cuya solicitud fue inadmitida o denegada; o tres, otros extranjeros cuyas situaciones presentan determinadas particularidades (estudiantes, etc.). Se debe tener en cuenta que para obtener un permiso por arraigo social hace falta haber permanecido ininterrumpidamente durante tres años en España en situación irregular, razón por la cual tampoco podían acogerse a este mecanismo de regularización los extranjeros que hubieran llegado recientemente a España (en 2004 o durante el mismo 2005). Por lo tanto, con respecto a los datos sobre solicitudes de informes de arraigo, el año

2005 se debe considerar un año de transición, y en menor y decreciente medida también los dos años siguientes hasta 2008. Efectivamente, a partir de 2005 y hasta 2007 el número de solicitudes y concesiones de residencia por arraigo crece exponencialmente.

Los datos indiciarios de que disponemos apuntan a que en 2004 apenas se otorgaron permisos de residencia por arraigo,³⁹ en 2005 empezaron a emitirse unos pocos centenares de informes por parte de los ayuntamientos más grandes. Mientras las entidades locales empezaban a organizar sus servicios para dar salida a tales peticiones, con grandes variaciones entre provincias,⁴⁰ en paralelo las subdelegaciones del Gobierno empezaron a otorgar los primeros permisos. Los reducidos datos de 2005 respecto a las solicitudes, certificaciones y permisos obtenidos⁴¹ se explican tanto por la regularización-normalización que discurría en paralelo a la instauración del mecanismo reglamentario del arraigo del artículo 45.2 del REDYLE, regularización cuyos efectos seguirán notándose durante los siguientes años, pero también por ser 2005 el primer año de aplicación y despliegue de las nuevas atribuciones municipales. Este efecto de absorción de potenciales solicitantes irá decreciendo en los siguientes años, como demuestran ya las cifras de 2006, que muestran un aumento en el número y extensión geográfica de las solicitudes.⁴² De hecho, entre 2005 y la primera mitad de 2006 ya se habían otorgado 16.227 permisos

37. La regularización extraordinaria de 2004 (“normalización”) establecida por la disposición transitoria 3 del REDYLE se alargó hasta bien entrado el año 2005, cuando comenzaron a extenderse los primeros permisos por este motivo, aunque con cuentagotas.

38. Datos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (<http://extranjeros.mtas.es>). Véase el informe en esta web del CERES sobre los efectos de la regularización de 2005 en Cataluña.

39. En Galicia durante los primeros nueve meses de 2004 apenas se concedieron treinta y seis autorizaciones por arraigo laboral, mientras que se denegaron cuatro (Pregunta parlamentaria presentada en el Congreso por D. Arsenio Fernández de Mesa (GP) 184/013660, con respuesta del Gobierno, BOCG Serie D, núm. 149, de 7 de febrero de 2005).

40. Mientras en Barcelona el ayuntamiento en 2005 emitió ya 171 informes favorables de 400 tramitados, dando lugar posteriormente a los primeros permisos por arraigo (cfr. *Memoria del Gobierno Técnico de Inmigración 2006*, Ayuntamiento de Barcelona), en ninguna de las tres provincias de Valencia se otorgaron en este período permisos de este tipo [pregunta parlamentaria presentada en el Congreso por Susana Camarero Benítez (GP) el 22 de septiembre de 2005, sobre “solicitudes de regularización de inmigrantes a través del arraigo social en la provincia de Castellón hasta el 1 de septiembre de 2005” (184/042767), calificada el 27 de septiembre de 2005. BOCG. Congreso de los Diputados, núm. D-269, de 6 de octubre de 2005, p. 449, respuesta escrita en el BOCG. Congreso de los Diputados, núm. D-322, de 18 de enero de 2006 p. 364].

41. En el estudio de la Fundació Pi i Sunyer sobre setenta ayuntamientos catalanes en 2005, *op. cit. supra*, la mayoría de municipios (44,3%) tramitaron pocas solicitudes de informes, entre 1 y 10, como era lógico esperar en este año de transición, un 20% tramitaron entre 11 y 50 solicitudes, y apenas el 7% entre 51 y 250 solicitudes (2,9%),

generalmente municipios grandes con una media de 55.000 habitantes, con población inmigrante significativa (entre 5% y 10% o más de la población) y con un número de recién llegados elevado (entre 15% y 30% del colectivo inmigrante presente en el municipio). Por número de concesiones favorables del informe, en 2005 resultaban ser proporcionalmente inferiores las resueltas a las solicitadas, pero se observaba una correlación proporcionada entre solicitudes y resoluciones favorables. Ahora bien, el estudio mostraba también que si se procedía a la indexación de las solicitudes en relación con el número de extranjeros en el municipio, de los resultados se deducía que era en las poblaciones pequeñas donde proporcionalmente se estaban solicitando y concediendo más informes de arraigo, y que por consiguiente éste era un instrumento que jugaba mucho más a fondo en los pueblos y localidades pequeñas, donde probablemente el extranjero considera que tiene más expectativas de ser considerado como arraigado y probablemente donde el número de solicitudes de regularización-normalización es menor y su tramitación más manejable.

42. En Andalucía se adoptaban en 2006 unas 1.056 resoluciones favorables de residencia por arraigo [pregunta presentada en el Congreso sobre el “número de autorizaciones de residencia temporal por arraigo concedidas por el Gobierno en la Comunidad Autónoma de Andalucía en el año 2006”, por D. Heredia Díaz, Miguel Ángel (GS) 184/114176, BOCG. Congreso de los Diputados, núm. D-553, de 17 de mayo de 2007, p. 473]. En cuanto al ritmo de emisión de informes por los ayuntamientos, por ejemplo, en la ciudad de Barcelona se emitían ya 1.104 informes de arraigo social favorables y se tramitaban cerca del doble [cfr. SANAHUJA, Ramón, “La aplicación de la normativa de inmigración en el Ayuntamiento de Barcelona”, en Aja, Eliseo y Arango, Joaquín (ed.), *Anuario de la inmigración en España en 2006*, CIDOB, Barcelona, 2007, p. 156].

de residencia temporal inicial por arraigo.⁴³ En 2007 el número de solicitudes de residencia por arraigo se disparará para situarse entorno a una previsión todavía indiciaria a falta de datos oficiales de 50.000 anuales,⁴⁴ y a unas dos o tres mil concesiones favorables de la residencia por tales motivos, en cálculos muy estimativos de las mismas.⁴⁵ Cifras que no dejan de ser muy significativas sobre la potencialidad de este instrumento como mecanismo de regularización y su impacto a lo largo de 2008, cuando ya habrán pasado tres años desde la regularización-normalización de 2005, período exigido por el artículo 45.2.b) del REDYLE para acogerse a esta figura.⁴⁶

En todo caso, es evidente que la futura importancia del arraigo social dependerá del funcionamiento de los otros mecanismos de arraigo (fundamentalmente, laboral y familiar del artículo 45.2 del REDYLE), si éstos funcionan razonablemente bien –especialmente el arraigo familiar–, el arraigo social restará como último recurso para la regularización de los extranjeros, si no funcionan bien –como puede ser el caso del arraigo laboral–, las solicitudes de arraigo social tenderán a aumentar sustancialmente, con la consecuente carga de trabajo por los municipios. Hace falta tener en cuenta también que al margen del requisito de los tres años hace falta que los extranjeros acrediten una oferta laboral con determinadas condiciones.

2. Informe de vivienda a efectos de reagrupación familiar

La atribución a los entes locales de la emisión del informe sobre la adecuación de la vivienda del reagrupante [artículo 42.2.e) del REDYLE] constituye la segunda intervención destacada de la Administración

local en materia de extranjería e inmigración, aunque su participación reviste un carácter más técnico que en el informe de arraigo. Ésta es, igual que la anterior, una de las novedades del Reglamento de 2004 con respecto a la descentralización de facultades vinculadas al núcleo duro de las competencias estatales sobre entrada y residencia de extranjeros, y una facultad en particular que condicionará la efectividad del derecho a la vida privada y familiar.

2.1. Marco legal

El informe sobre vivienda se inscribe en el marco de un procedimiento principal ante la Administración periférica del Estado por el cual el reagrupante, un extranjero con permiso de residencia y empadronado en el municipio, pide al Estado central autorización para que sus familiares puedan entrar y residir con él en España a su cargo. En el marco de este procedimiento el reagrupante deberá demostrar el cumplimiento de una serie de condiciones para reagrupar a la familia (artículos 16 y siguientes de la LODYLE), siendo uno de tales requisitos la demostración de que el reagrupante dispone de una vivienda adecuada por alojar a los familiares que quiere reagrupar (artículo 18.1 de la LODYLE).

Para facilitar y también uniformizar la prueba de este requisito, al asignar a las corporaciones locales la emisión del informe sobre idoneidad de la vivienda del reagrupante, el artículo 42.2.e) del REDYLE obliga a los municipios a realizar una serie de gestiones, algunas más o menos formales o de trámite, como consultar la disposición de la cédula de habitabilidad de la vivienda para evitar la reagrupación familiar en lo que se conoce como *infraviviendas*⁴⁷ (viviendas sin unas condicio-

43. Datos procedentes de la pregunta al Gobierno de D. Carles Campuzano i Canadés (GC-CiU) con respuesta escrita sobre el número de permisos de residencia por arraigo otorgados entre 2005 y 2006 (184/075736).

44. Cifra final que probablemente se alejará de los cálculos de 400.000 solicitudes aireados en diversos medios de comunicación (*El País*, 9 de diciembre de 2006, “Decenas de miles de ‘sin papeles’ podrán legalizarse por arraigo en 2007”).

45. Si se extrapolan los datos de los dos primeros meses de 2007, éstos podrían ser, de manera muy estimativa, los resultados anuales, pues entre enero y febrero de 2007 se presentaron 7.267 solicitudes de residencia por arraigo, de las cuales 6.913 por arraigo familiar o social, y se concedieron 345, 318 por arraigo social o familiar. Datos procedentes de la pregunta al Gobierno de D. Carles Campuzano i Canadés (GC-CiU) con respuesta escrita sobre la “previsión del Gobierno de la utilización durante el próximo año 2007 del mecanismo del arraigo social para regularizar la situación de inmigrantes en situación irregular” (184/103424), VIII Legislatura, presentada el 19 de diciembre de 2006, calificada el 9 de enero de 2007, BOCG. Congreso de los Diputados, núm. D-494, de 18 de enero de 2007, p. 270. Contestación del Gobierno, BOCG. Congreso de los Diputados, núm. D-546, de 30 de abril de 2007, p. 587.

46. De hecho es muy difícil dar cifras para el año 2008 o valorar las existentes en el momento actual, pues diferentes factores tanto sociales como económicos inciden directamente sobre el número de extranjeros irregulares susceptibles de solicitar este procedimiento. También serán claves determinados factores jurídicos como el funcionamiento del contingente de 2007, el funcionamiento de la vía ordinaria de contratación, la operatividad del resto de mecanismos de regularización, las condiciones concretas de extensión del régimen comunitario a rumanos y búlgaros a partir del 1 de enero de 2007, etc.

47. En el momento del informe sobre disposición de vivienda puede pasar que, por las razones que sean, una vivienda con cédula haya acontecido una infravivienda. La denegación del informe pasaría por la necesidad de comprobar realmente las condiciones de la vivienda e iniciar formalmente el procedimiento de revisión de oficio de la cédula de habitabilidad, atribuido a los ayuntamientos en virtud del artículo 11.3 del Decreto 259/2003, pues a ellos corresponde velar por el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad en las viviendas e incoar, tramitar y resolver los expedientes que correspondan. De acuerdo con esta disposición, cuando las condiciones de habitabilidad se hayan degradado se deberá poner en conocimiento del Servicio Territorial de Arquitectura y Vivienda, pues las competencias técnicas de supervisión de la vivienda y

nes mínimas que aseguren su habitabilidad, casas en ruina, garajes, establecimientos comerciales, etc.), y otras más complejas y valorativas, como la determinación de la idoneidad de la vivienda a la vista de dicha cédula, juicio que requiere de un conjunto de parámetros no previstos expresamente en el Reglamento; todo esto en el marco de un procedimiento administrativo preestablecido en el propio Reglamento.

Precisamente, entre los aspectos más valorativos a este respecto, se encuentra el establecimiento de criterios sobre la situación de las viviendas sobreocupadas, que presentan particulares problemas jurídicos y prácticos respecto a la determinación de si constituyen un alojamiento adecuado para la reagrupación de familiares. En este sentido, harían falta criterios claros pero realistas sobre lo que se entiende por sobreocupación⁴⁸ (por ejemplo, número de habitantes por metro cuadrado, posibles diferencias entre menores y adultos, entre miembros de la misma familia y terceros, si se toma como referencia el contexto concreto del barrio u otro criterio, etc.), más allá de los que establece la normativa reglamentaria de la cédula de habitabilidad.⁴⁹ Varios municipios han empezado ya a adoptar ordenanzas fijando algunos criterios orientadores sobre actuaciones por los casos de que se sobrepase el número máximo de personas por vivienda y evitar también los hospedajes clandestinos (pisos donde se alquilan por horas las camas), que deberán servir a los servicios del Padrón tanto por dar nuevas altas en una vivienda como para la emisión de dicho informe. De hecho, a la hora de emitir el informe sobre la disposición de vivienda, los ayuntamientos deberán comprobar sistemáticamente mediante medios telemáticos las cédulas de habitabilidad del piso del solicitante, cosa

revocación o modificación de la cédula corresponden en todo caso a la Generalitat, cuando no estén delegadas en el municipio (artículo 137 del EAC y Decreto 259/2003).

48. En estas circunstancias, las diputaciones pueden jugar un papel destacado ofreciendo asistencia y distribuyendo información sobre la experiencia de otros municipios en la emisión de estos informes, o incluso distribuyendo ejemplos de buenas prácticas y/o confeccionando formularios-guía para la emisión de este informe. Véase www.diba.cat/diversidad/ficheros/InstruccionsInfoDisponibilitatHabitatge.pdf, de la Diputación de Barcelona. Siendo como es, naturalmente, una competencia municipal, los municipios podrán o no aceptar estos materiales de referencia en la emisión de los informes, pero es innegable que favorecería la uniformidad de los informes entre municipios y permitiría asegurar una cierta objetividad en los criterios adoptados, todo evitando informes divergentes en relación con viviendas con condiciones parecidas (requisitos, documentación requerida, criterios comparativos dentro de la misma localidad o barrio, etc.), todo coordinando el control por los mismos de la disposición de la cédula de habitabilidad.

49. Decreto 259/2003, de 21 de octubre, sobre requisitos mínimos de habitabilidad en los edificios de viviendas y de la cédula de habitabilidad (DOGC núm. 3999, de 30 de octubre de 2003), donde se establecen unos parámetros de número máximo de personas por

que algunos municipios hacen en el momento del empadronamiento.⁵⁰

Las diputaciones pueden ofrecer asistencia técnica y económica para facilitar el control sistemático de la cédula de habitabilidad tanto en el empadronamiento como en el informe de vivienda, especialmente a los ayuntamientos más pequeños, especialmente si ya son las diputaciones las que han asumido la gestión informatizada del Padrón de este municipio.

Finalmente, y para completar esta introducción al marco legal de las competencias municipales sobre el informe de vivienda, conviene señalar que el procedimiento reglamentariamente establecido en el artículo 42.2.e) del REDYLE impone a los servicios de la corporación local competentes para emitir este informe un plazo de quince días para redactarlo y notificarlo, tanto al reagrupante como a la autoridad competente para resolver la autorización de reagrupación familiar, que de acuerdo con el artículo 161.1.a) del REDYLE es la Oficina de Extranjeros; si es posible, la notificación a la Oficina se deberá hacer por medios telemáticos.⁵¹ El retraso o incumplimiento por parte de las autoridades municipales en la emisión del informe abre la posibilidad al reagrupante extranjero de presentar un acta notarial mixta de presencia y manifestaciones, con la presentación de la copia de la solicitud de informe, en sustitución de este último.

2.2. Participación del departamento del Padrón municipal en la emisión del informe de vivienda a efectos de la reagrupación familiar

El informe sobre disposición de vivienda adecuada lo elaboran en un pequeño porcentaje de municipios

metros cuadrados. La legislación de extranjería guarda silencio al respecto, y el proyecto de ley catalana de vivienda ha decaído con la finalización de la legislatura del Gobierno tripartido en el 2006. No obstante, a la vista de sus competencias reconocidas en el artículo 137 del EAC la Generalitat puede fijar los criterios mínimos orientadores de la actividad administrativa, criterios que podrán ser concretados y desarrollados normativamente por los municipios. La Directiva del Consejo 2003/86/EC, de 22 de septiembre de 2003, de reagrupación familiar (DOCE L 251/12, de 3 de octubre de 2003), que ya tendría que haber sido traspuesta, establece únicamente que en el informe de disposición de vivienda se debe valorar el número de metros disponibles para la familia en función del espacio que dispongan otras familias situadas en la misma localidad o barrio.

50. Orden PTO/377/2003, de 9 de septiembre, sobre la adaptación en el uso de sistemas telemáticos del procedimiento de otorgamiento de la cédula de habitabilidad (DOGC núm. 3968, de 16 de septiembre de 2003).

51. Obviamente, la informatización de los mecanismos de comunicación con la Oficina de Extranjería debe constituir una prioridad en la cual seguramente deberán colaborar las diputaciones, en cuanto que depositarias y gestoras del Padrón de muchos municipios, pero sobre todo requerirá una mínima coordinación con las subdelegaciones del Gobierno.

las oficinas del Padrón.⁵² Mientras en la mayoría de municipios las oficinas de empadronamiento no intervienen en absoluto en la elaboración de tal informe, en otras puede participar de manera muy variable, incluso asumiendo la propia Oficina del Padrón el encargo de su elaboración.⁵³

De esta minoría de municipios donde el informe de vivienda se encarga exclusivamente a las oficinas de empadronamiento, la atribución puede explicarse en el caso de los municipios pequeños por la misma razón que el informe de arraigo: la falta en los municipios más pequeños de servicios adecuados para la realización de esta tarea, así como la condición de posible servicio de confianza de los responsables municipales. Para los municipios más grandes, la explicación pasaría probablemente por la asunción de fórmulas que permitan la rápida y simple verificación de los datos aportados por el extranjero, y que consisten en la mera comprobación del Padrón, así como de la existencia de la cédula de habitabilidad, comprobación de los datos que puede limitarse al acceso a los datos mediante medios telemáticos. Este tipo de comprobaciones darían lugar a unos informes sobre la disponibilidad de vivienda meramente certificativos, basados en la información disponible por el ayuntamiento, pero sin que se produzca una comprobación *in situ* de la vivienda de manera sistemática.

En el resto de municipios donde la Oficina del Padrón participa en el informe de vivienda, pero no lo elabora en exclusiva –que son también una minoría–, la Oficina suele asumir la tramitación del expediente pero recurre al auxilio de otros departamentos o servicios técnicos (aparejador municipal) o generales (policía municipal) para la comprobación *in situ* de la habitabilidad de la vivienda. En cada municipio, la Oficina del Padrón juega un papel ligeramente diferente, pero en casi todos los casos como mínimo emite el certificado de convivencia en los casos de vivienda compartida (siempre que el propietario de la vivienda o el titular del contrato de alquiler reconocen tal situación) y comprueban los datos sobre el domicilio. En algunos municipios acaba aquí su participación, en otros también asume la redacción y emisión del informe de vivienda, una vez incorporados al expediente todos los documentos necesarios y una vez se realicen todos los trámites por parte del resto de servicios municipales. En

cualquier caso, las comprobaciones en este segundo grupo de municipios tienden a incluir comprobaciones *in situ*.

3. Conclusiones

De la anterior descripción sobre el desarrollo de las nuevas competencias municipales sobre los informes de arraigo y vivienda pueden extraerse algunas conclusiones.

Una primera conclusión es que el Reglamento de extranjería atribuyó nuevas funciones a los municipios pero al hacerlo dejó un conjunto de cuestiones abiertas –tanto con respecto a los órganos municipales más adecuados para llevarlas a término, como con respecto a elementos fundamentales del procedimiento de emisión de estos informes, especialmente en el caso del arraigo social, lo cual ampliaba aún más el margen de discrecionalidad, inicialmente sólo técnica, que este tipo de informes trae aparejado–. *Los municipios parecen haber afrontado esta situación aportando soluciones bastante racionales*, como mínimo desde el punto de vista de la economía de la gestión. Racionalidad y economía gestora en un doble sentido: por una parte, al optar por atribuir las nuevas funciones principalmente a departamentos o servicios preexistentes, los servicios sociales en caso de arraigo y los servicios técnicos en el informe sobre vivienda; por otro lado, por el reducido peso de las nuevas funciones sobre el volumen de trabajo ordinario de la mayoría de municipios.⁵⁴

Una segunda conclusión es el diferente papel que juegan las oficinas del Padrón en cada municipio. En general hay tres modelos de Oficina del Padrón Municipal: es cierto que mayoritariamente opera como simple registro de población empadronada (1), pero en algunos municipios se ha convertido en una oficina o servicio al cual se le encargan también otras tareas, tanto de información, atención y orientación a los extranjeros, como tareas propiamente de gestión, tramitación de expedientes de arraigo y vivienda (2), e incluso en unos pocos casos, también de resolución de los mismos (3), con o sin la colaboración de otros departamentos municipales. La tendencia a asignar a la Oficina del Padrón un papel preponderante en este ámbito parece primar en municipios de menor tamaño,⁵⁵ el riesgo en estos casos es que

52. Menos de una décima parte de los municipios, atendiendo a los datos de la Sindicatura, *op. cit. supra*.

53. De acuerdo con el Síndic, en el informe especial *La gestió...*, *op. cit. supra*, el porcentaje de municipios donde la Oficina del Padrón participa en la elaboración del informe se situaría en torno a un 20%.

54. Los datos del Síndic y la Fundació Pi i Sunyer sobre 2005 cifraban en una media de poco menos de diez certificados al año

por municipio en tres de cada cinco municipios, *La gestió...*, *op. cit. supra*, p. 42. Sin embargo, como se apuntará posteriormente las cifras han aumentado exponencialmente en 2007, por lo que la carga de trabajo en los municipios es ya muy superior a la de entonces.

55. *La gestió...*, *op. cit. supra*, p. 40 y ss.

entonces el informe tiende a ser más formal, en el que no existe un examen de fondo de la cuestión, ya que los funcionarios del Padrón carecen de los conocimientos o los instrumentos necesarios para efectuar una valoración como la exigida para constatar el arraigo social. Este razonamiento sirve también para el informe sobre la idoneidad de la vivienda en los procedimientos de reagrupación familiar, pues en determinados municipios estas funciones también se asignan a la Oficina del Padrón con el riesgo de que ésta se limite a comprobar las alegaciones del extranjero sobre su domicilio de manera superficial, por ejemplo, mediante una simple consulta de los registros informáticos del Padrón o del catastro.

Incluso cuando funciona como simple registro de la población empadronada, es evidente la importancia del Padrón y de la Oficina del Padrón para hacer frente a las crecientes tareas asignadas a los municipios en relación con los inmigrantes. La centralidad del Padrón en el sistema de control y gestión migratoria estatal, al ser el empadronamiento condición para el goce de determinados derechos y puerta de acceso a los diversos mecanismos de regularización, obliga a su constante consulta por las diversas administraciones. Ello debería comportar que su acceso fuera todavía más abierto, sencillo y generalizado, especialmente mediante mecanismos telemáticos que ahorren a los extranjeros las frecuentes visitas a esta oficina que todavía pueden mejorar, aunque son evidentes los esfuerzos realizados por las administraciones públicas en este sentido (en Cataluña el Consorci AOC, el programa ID-Cat, el portal Cat365, etc.). En concreto, el papel de las oficinas de empadronamiento debería limitarse precisamente a mantener actualizado el Padrón, y no a asumir las nuevas funciones encargadas por el Reglamento a los municipios, fundamentalmente porque los servicios de empadronamiento no pueden ofrecer más que un estudio del arraigo social de los vecinos extranjeros superficial o simplemente formal, pues no disponen de la formación ni la experiencia adecuadas. Si dejamos de lado los municipios más pequeños o con menor inmigración, que por razones de economía organizativa pueden continuar asignando las nuevas facultades sobre inmigración a las oficinas del Padrón, en los municipios más grandes o a aquellos donde el número de solicitudes se prevé que pueda incrementarse, debería empezar a valorarse la necesidad de instaurar procedimientos que impliquen a las diferentes unidades o servicios que intervienen en tales informes, incluida la Oficina del Padrón, pero no ya como responsable o tramitadora sino como registro de consulta. En todo caso, los municipios deben determinar qué modelo organizativo les conviene más en cada momento, teniendo en cuenta

su estructura de servicios, pero la regla debería ser que la Oficina del Padrón no realizara esta tarea.

En este sentido, un tercer orden de conclusiones deriva de la falta de formalización de los procedimientos de tramitación de los informes, especialmente cuando casi en todas partes acaban participando en su elaboración varios servicios o departamentos municipales. Así, no está claro cómo se llevan a término las consultas internas intramunicipales, ni los informes de arraigo ni en los de vivienda, por parte de otros departamentos municipales; obviamente la ausencia de regulación sobre estos procedimientos –eludida por el reglamento y las instrucciones estatales, y tampoco asumida por los municipios– no contribuye precisamente a aclarar el funcionamiento de tales consultas, que parecen ser diferentes a las certificaciones de oficio. De hecho, en aquellas localidades donde el número de solicitudes pueda aumentar, los municipios deberán valorar la posibilidad de establecer un procedimiento interdepartamental de elaboración de los informes de arraigo en el que las funciones de tramitación (oficina de acogida, servicios de atención generales) y decisión estén separadas (servicios técnicos, servicios sociales), y donde el Padrón indudablemente debe tener alguna participación, aunque, ciertamente, la creación de un órgano o servicio específico sólo se justificará en aquellos municipios que hayan de afrontar un volumen de trabajo realmente sustancial. Para la emisión del informe sobre vivienda también sería conveniente formalizar el procedimiento de colaboración entre la Oficina del Padrón y los servicios técnicos, para evitar informes donde simplemente existe una comprobación formal de las alegaciones sobre disponibilidad de la vivienda.

Formalizar no significa, sin embargo, hacer desaparecer el mecanismo de consulta, que es sin duda ágil para la Administración y poco gravoso para el extranjero; por el contrario, debería poder generalizarse para evitar trámites innecesarios al extranjero, puesto que se trata de información que ya opera en manos de la propia Administración tramitadora. Generalizarlo, pero mediante una regulación que establezca un mínimo de garantías y sea compatible con la normativa sobre protección de datos personales. Hace falta poner el acento en esta cuestión porque actualmente la mitad de los municipios catalanes parecen optar por esta solución, que se revela menos garantista, tendencia que si se consolida después será muy difícil de invertir, especialmente cuando crezca el número de solicitudes de informes y algunos municipios estén tentados de reducir su carga de trabajo.

Una cuarta conclusión que se extrae a la vista de los diversos datos, muy parciales y segmentados, de que disponemos en este ámbito es precisamente la nece-

sidad de disponer de datos oficiales desagregados para poder comparar la evolución anual de las solicitudes por provincias y tipos de permisos (por ejemplo, en las próximas ediciones del *Anuario de extranjería e inmigración*, que hasta ahora publica el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales). Con la limitación que supone la ausencia de tales datos publicados, puede no obstante concluirse de manera preliminar que la evolución entre 2005 y 2007 del número de solicitudes y concesiones de residencia por arraigo ha sido exponencial. La previsión, a falta de datos oficiales de 50.000 solicitudes anuales de permisos por arraigo en 2007 –en cálculos muy estimativos, debe insistirse–, no deja de ser significativa sobre la potencialidad de este instrumento como mecanismo de regularización y su impacto a lo largo de 2008 cuando ya habrán pasado tres años desde la regularización-normalización de 2005, período exigido por el artículo 45.2.b) del REDYLE para acogerse a esta figura.

Una quinta y última conclusión de todo lo anterior es la necesidad de aumentar la información y comunicación intraadministrativa municipal, en especial trasladando a un procedimiento más formal la tramitación de estos expedientes y estableciendo criterios que guíen la actuación de los funcionarios municipales, lo cual puede reducir también el margen de discrecionalidad y prevenir la arbitrariedad en este ámbito, como debería ocurrir por ejemplo en el informe de arraigo respecto de los criterios relativos a la recomendación de la exención del contrato.

Bibliografía

AGUADO CUDOLÀ, Vicenç. *Las condiciones de vivienda de los inmigrantes*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2005.

AJA, Eliseo; MONTILLA, José Antonio; ROIG, Eduard (coord.). *Las comunidades autónomas y la inmigración*, Tirant lo Blanch-Institut de Dret Públic, Valencia, 2006.

LARIOS, María Jesús; NADAL, Mònica (coord.). *L'Estat de la immigració a Catalunya. Anuari 2005*, Mediterrània, 2 vol., Col·lecció Polítiques, Fundació Jaume Bofill, núm. 54, Barcelona, 2006. En particular los capítulos 1, 5, 8 y 9.

SANAHUJA, Ramón. "La aplicación de la normativa de inmigración en el Ayuntamiento de Barcelona", en Aja, Eliseo; Arango, Joaquín (ed.). *Anuario de la inmigración en España en 2006*, CIDOB (coord.), Barcelona, 2007.

Síndic de Greuges de Catalunya. *La gestió municipal de l'empadronament dels immigrants*, Informe especial enero de 2008, Síndic de Greuges de Catalunya, Barcelona, 2008.

VILALTA, Marc. "El Padró municipal i els immigrants:

Un comentari sobre la futura Llei bàsica del govern i l'administració local", en Larios, María Jesús; Nadal, Mònica (ed.), *Anuari d'immigració a Catalunya 2005*, Fundació Jaume Bofill-Mediterrània, Barcelona, 2006.

ZARAUZ, José. *Incidencia del Padrón municipal en el ejercicio de los derechos de las personas extranjeras en situación irregular*, Ararteko, Colección Derechos Humanos, "P. Francisco de Vitoria", núm. 11, Vitoria, 2007. ■

QDL CRÓNICA DE 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 de septiembre de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2007, salvo las del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se seleccionan desde el 1 de diciembre de 2007 hasta el 28 de febrero de 2008.

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 han sido realizadas por Domènec Sibina Tomàs.

A) Jurisdicción constitucional

Tribunal Constitucional. El contenido de los estatutos de autonomía en función del principio dispositivo va más allá del contenido del artículo 147 de la CE y restantes previsiones constitucionales expresas.

Los derechos que aparecen formalizados como derechos estatutarios que vinculan a los poderes públicos pueden contenerse en los estatutos de autonomía, pero no son derechos subjetivos en sentido estricto, cualquiera que sea la literalidad con que se expresen.

Estos derechos estatutarios han de entenderse como directrices, mandatos u orientaciones a los poderes públicos autonómicos, que carecen de justiciabilidad directa hasta que se concrete su régimen jurídico en el ejercicio de competencias que los estatutos les atribuyan y deben estar conectados con una materia atribuida como competencia autonómica por el Estatuto

SUPUESTO DE HECHO

El recurso de inconstitucionalidad lo interpone el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón contra el artículo 20 de la Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana, por el que se da nueva redacción a su artículo 17.1.

Este precepto estatutario dispone lo siguiente:

“Se garantiza el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad. Igualmente, se reconoce el derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal. Los ciudadanos y ciudadanas valencianos tienen derecho a gozar de una cantidad de agua de calidad, suficiente y segura, para atender a sus necesidades de consumo humano y para poder desarrollar sus actividades económicas y sociales de acuerdo con la Ley.”

Para la representación procesal del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón, el precepto incurre en diversos motivos de inconstitucionalidad. Ante todo, vulnera el artículo 147 de la CE y, en consecuencia, el principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la CE), toda vez que el derecho al agua que se regula excede del contenido que es propio de un estatuto de autonomía, de acuerdo con lo que al efecto determina el indicado artículo 147 de la CE. El precepto estatutario, asimismo, infringe los artículos 138.2, 139.1 y 149.1.1 de la CE, pues el régimen jurídico de los derechos y libertades de los españoles en el conjunto del territorio nacional debe ser común, de manera que el mencionado derecho, al no tener relación con los derechos que la Constitución consagra, supone una quiebra de los principios de unidad y de igualdad. Con carácter subsidiario a estos motivos principales de inconstitucionalidad, el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón también sostiene que el artículo 17.1 del EACV conculca las competencias estatales en materia de aguas (artículo 149.1.22 de la CE) y la garantía institucional de dominio público hidráulico (artículo 132 de la CE), con quiebra de los principios de equilibrio territorial (artículos 131.1 y 158.1 de la CE) y de solidaridad (artículo 138.1 de la CE). Por último, también se aduce que el precepto recurrido afecta a diversas competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón (agricultura, ordenación del territorio, fomento del desarrollo económico, etc.), perturbando su ejercicio. En distinto plano alega asimismo que el artículo 10.2 de la CE tampoco ampara constitucionalmente la formulación del derecho al agua contenida en el precepto impugnado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Constitucional afronta las cuestiones procesales. La más importante, la alegada falta de legitimación activa del Go-

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Pleno.
Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: Sentencia núm. 247/2007. Recurso de inconstitucionalidad núm. 7288/2006

FECHA: 12 de diciembre de 2007

PONENTE: D.^a Elisa Pérez Vera

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 9.3, 10.2, 131.1, 138.2, 139.1, 147, 149.1, 149.1.22, 151, 152.1 y 158.1 de la CE

DOCTRINA: El contenido de los estatutos de autonomía en función del principio dispositivo va más allá del contenido del artículo 147 de la CE y restantes previsiones constitucionales expresas.

Los derechos que aparecen formalizados como derechos estatutarios que vinculan a los poderes públicos pueden contenerse en los estatutos de autonomía, pero no son derechos subjetivos en sentido estricto, cualquiera que sea la literalidad con que se expresen.

Estos derechos estatutarios han de entenderse como directrices, mandatos u orientaciones a los poderes públicos autonómicos, que carecen de justiciabilidad directa hasta que se concrete su régimen jurídico en el ejercicio de competencias que los estatutos les atribuyan y deben estar conectados con una materia atribuida como competencia autonómica por el Estatuto.

Las relaciones entre los estatutos de autonomía y las leyes orgánicas previstas en la Constitución están sujetas a lo que al respecto dispone esta última. La reserva material que, en términos específicos para cada caso, realiza la Constitución a favor de determinadas leyes orgánicas supone que cada una de dichas leyes pueda llevar a cabo una delimitación de su propio ámbito circunscribiendo la eficacia de las normas estatutarias de acuerdo con dicha delimitación. En caso de colisión, será competencia del Tribunal Constitucional la apreciación del alcance de la correspondiente reserva y sus efectos sobre la validez o eficacia de la normativa estatutaria. El derecho a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad previsto en el Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana se sitúa en

bierno de la Comunidad Autónoma de Aragón por entender que el precepto recurrido no afecta al ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Aragón, porque la competencia para la definición de las aguas sobrantes o de las cuencas excedentarias es sólo del Estado.

El Tribunal Constitucional afirma la legitimación activa de la Comunidad de Aragón. En primer lugar recuerda su línea jurisprudencial de progresiva flexibilización de la legitimación de las comunidades autónomas que se concreta en la STC 48/2003, F 1, que establece:

“la legitimación de las comunidades autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está al servicio de una competencia violada, sino de la depuración del ordenamiento jurídico y, en este sentido, [...] se extiende a todos aquellos supuestos en que exista un punto de conexión material entre la Ley estatal y el ámbito competencial autonómico, lo cual, a su vez, no puede ser interpretado restrictivamente.” (F 1)

Proyecta esta doctrina en el caso concreto y afirma:

“En el presente caso, al interés puramente objetivo en la depuración del ordenamiento, propio de los recursos de inconstitucionalidad, se suma el interés institucional del Gobierno autonómico en la defensa de las competencias asumidas por su propia comunidad autónoma en muy distintas materias, como son la ordenación del territorio, la agricultura y la pesca fluvial, entre otras. La realidad del perjuicio o del menoscabo competencial denunciado en el recurso habrá de ser dilucidada en este procedimiento, pero su sola invocación, en los términos motivados y fundados con los que se ha planteado en el escrito de demanda, no puede sino llevar al reconocimiento de que concurre en el actor el interés en la defensa del ámbito propio de autonomía que es condición de la legitimación institucional reservada en el artículo 32.2 de la LOTC a las comunidades autónomas. Y es que, como también tenemos dicho, ‘no resulta exigible para la promoción de los recursos [de inconstitucionalidad por las comunidades autónomas] que dichos preceptos se refieran a supuestos que tengan materialización concreta en el momento de la promoción, bastando con que puedan tenerla y ello afecte a su acervo competencial, como es el caso’ [STC 194/2004, de 4 de noviembre (RTC 2004, 194), F 2.a)].”

Una vez resuelta la cuestión procesal, estructura la argumentación de la sentencia en dos partes. La primera aborda el conjunto de cuestiones de carácter general que le permitirán en la segunda parte resolver la concreta cuestión suscitada. Las cuestiones de carácter general que desarrolla son:

- a) Los principios estructurales contenidos en nuestra Constitución acerca de la organización territorial del Estado.
- b) La posición y función de los estatutos de autonomía en nuestro sistema constitucional de fuentes.
- c) La delimitación general de las competencias del Estado y de las comunidades autónomas.
- d) El contenido constitucionalmente lícito de los estatutos de autonomía.
- e) La posibilidad de que los estatutos de autonomía regulen derechos de los ciudadanos.

A) Los principios estructurales contenidos en nuestra Constitución acerca de la organización territorial del Estado

En relación con los indicados principios estructurales reitera en el fundamento jurídico cuarto la interpretación constitucional de los principios de unidad y autonomía, solidaridad e igualdad.

B) La posición y función de los estatutos de autonomía en nuestro sistema constitucional de fuentes

Debe destacarse, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional reitera el carácter de norma institucional básica de la comunidad autónoma. En este sentido establece:

la órbita de las directrices, objetivos básicos o mandatos dirigidos a los poderes públicos valencianos, y la regulación del derecho no desborda el contenido constitucionalmente lícito del Estatuto de autonomía.

“Importa detenerse en el carácter que los estatutos de autonomía tienen como normas de cabecera de los ordenamientos de las respectivas comunidades autónomas y en sus consecuencias, pues ello constituye una de las claves del Estado autonómico. Como hemos indicado, el Estatuto es vehículo de la pretensión de autonomía de un determinado territorio y manifiesta la voluntad del Estado, expresada en el marco prefigurado para ello en la Constitución, de nacimiento y configuración de un ente, la correspondiente comunidad autónoma, dotado de autonomía. Una autonomía que tiene naturaleza política y no meramente administrativa en virtud del mandato constitucional (artículo 152.1 de la CE) de que los estatutos de las comunidades autónomas de la vía del artículo 151 de la CE incorporen necesariamente, entre otras instituciones, la que los dota de aquella naturaleza: la Asamblea Legislativa, con potestad de dictar leyes en los ámbitos materiales de actuación que tienen atribuidos; leyes que han de sujetarse a lo dispuesto en aquéllos, incurriendo en inconstitucionalidad en caso contrario (STC 36/1981, de 12 de noviembre [RTC 1981, 36], F 12). Y es que, según nuestra doctrina, la autonomía política de las comunidades autónomas ‘se manifiesta, sobre todo, en la capacidad para elaborar sus propias políticas públicas en las materias de su competencia’ (STC 13/1992, de 6 de febrero [RTC 1992, 13], F 7, entre otras).

“Por lo demás, la configuración institucional de las citadas comunidades autónomas, con la inclusión en ella de asambleas legislativas, se ha extendido a las demás comunidades por haberlo dispuesto así sus estatutos de autonomía, lo que es una manifestación más de la relevante función constitucional que desempeñan los estatutos como pieza esencial en la distribución territorial del poder político del Estado.

“En definitiva, los estatutos de autonomía, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el título VIII de la Constitución, fundan la comunidad autónoma, la dotan del correspondiente poder político y permiten el natural desenvolvimiento de dicho poder mediante la emanación de leyes en sus ámbitos de competencia, desarrollándolas reglamentariamente y aplicándolas a través, respectivamente, de sus consejos de gobierno y de sus administraciones públicas. Cobra, así, sentido la calificación constitucional de los estatutos como ‘norma institucional básica’ de la correspondiente comunidad autónoma (artículo 147.1 de la CE).”

En el fundamento jurídico 6 examina de manera precisa y pormenorizada la naturaleza y las características que la CE dota a los estatutos de autonomía. Las características fundamentales de los estatutos son, según el Tribunal Constitucional, la necesaria “confluencia de diferentes voluntades en su procedimiento de elaboración”, “la aprobación de los estatutos por las Cortes Generales”, que representan la soberanía nacional, artículos 1.2 y 66.1 de la CE (que determina que aquéllos sean, además de la norma institucional básica de la correspondiente comunidad autónoma, normas del Estado, subordinadas como las restantes normas del ordenamiento jurídico a la Constitución, norma suprema de nuestro Estado autonómico –artículo 9.1 de la CE–, y “la rigidez de que los estatutos”; rigidez que es garantía del derecho a la autonomía que se ha ejercido y que refuerza su naturaleza de norma de cabecera del correspon-

diente ordenamiento autonómico. De todo ello se concluye, según el Tribunal Constitucional, que “el procedimiento de elaboración y reforma de los estatutos de autonomía los sitúa en una posición singular en el sistema de fuentes”.

En este punto se aborda el tema clave de la relación entre los estatutos de autonomía y el resto de leyes orgánicas. El Tribunal Constitucional establece:

“Sin embargo, la integración de los estatutos en el bloque de la constitucionalidad, su consiguiente consideración como parámetro para el enjuiciamiento de las normas legales y, sobre todo, la función que los estatutos desempeñan y su muy especial rigidez, les otorgan una singular resistencia frente a las otras leyes del Estado que hace imposible que puedan ser formalmente reformados por éstas. Esta afirmación opera, sin duda, con carácter general frente a las leyes estatales ordinarias. Respecto de las otras leyes orgánicas, la relación de los estatutos se regula, como ya se ha adelantado, por la propia Constitución, según criterios de competencia material, de modo que el parámetro de relación entre unas y otras es, exclusivamente, la norma constitucional. En este sentido, los estatutos de autonomía no pueden desconocer los criterios materiales empleados por la Constitución cuando reenvía la regulación de aspectos específicos a las correspondientes leyes orgánicas (artículos 81.1, 122.1, 149.1.29, 152.1 ó 157.3 de la CE), pues dichos criterios, referidos a materias concretas para cada ley orgánica, determinan el ámbito que la Constitución les reserva a cada una de ellas, ámbito que, por tal razón, se configura como límite para la regulación estatutaria.

“Por lo demás, en el sistema de relaciones existente entre los estatutos de autonomía y las leyes orgánicas previstas en la Constitución no puede desconocerse tampoco la diferente posición de los estatutos respecto de las leyes orgánicas como consecuencia de la rigidez que los caracteriza. Su procedimiento de reforma, que no puede realizarse a través de su sola aprobación por las Cortes Generales, determina la superior resistencia de los estatutos sobre las leyes orgánicas, de tal forma que éstas (salvo las de su propia reforma *ex* artículo 147.3 de la CE), por la razón señalada, no pueden modificarlos formalmente.

“En todo caso, de acuerdo con lo que indicábamos con anterioridad, las relaciones entre los estatutos de autonomía y las leyes orgánicas previstas en la Constitución, están sujetas a lo que al respecto dispone esta última. De ahí que la reserva material que, en términos específicos para cada caso, realiza la Constitución a favor de determinadas leyes orgánicas, suponga que cada una de dichas leyes pueda llevar a cabo una delimitación de su propio ámbito (STC 154/2005, de 9 de junio [RTC 2005, 154], F 4 y 5, con referencia a otras), circunscribiendo la eficacia de las normas estatutarias de acuerdo con dicha delimitación. Pues bien, en caso de colisión, será competencia de este Tribunal la apreciación del alcance de la correspondiente reserva y sus efectos sobre la validez o eficacia de la normativa estatutaria.”

La otra cuestión de gran relevancia es la relación de la rigidez de los estatutos de autonomía y el principio democrático, toda vez que éste pudiera resultar afectado por las regulaciones estatutarias que estuvieran dotadas de tal densidad normativa que limitara la actividad del legislador autonómico. El Tribunal Constitucional lo aborda de manera indiciaria y se limita a afirmar que:

“Sobre este aspecto, siempre difícil de apreciar en abstracto, conviene indicar algunos criterios que nos sirvan de pauta para el enjuiciamiento de sus manifestaciones concretas. Tal cuestión deberemos abordarla partiendo de la idea de que la Constitución ha considerado adecuado al principio democrático que sea el legislador orgánico (artículo 81 de la CE) y no el legislador ordinario el que deba regular dentro de unos criterios estrictos los aspectos centrales, por ejemplo, de los derechos fundamentales, quedando ello reservado a las correspondientes mayorías parlamentarias cualificadas [por todas, STC 135/2006, de 27 de

abril [RTC 2006, 135], F 2.c), con cita de otras]. Por tanto, los estatutos de autonomía también podrán establecer con diverso grado de concreción normativa aspectos centrales o nucleares de las instituciones que regulen y de las competencias que atribuyan en los ámbitos materiales que constitucionalmente les corresponden, pues no puede olvidarse que el Estatuto, aprobado como ley orgánica, es obra de un legislador democrático y que la regulación que realiza, como se ha dicho, es vehículo de la voluntad de autogobierno de un determinado territorio y expresión de la voluntad del Estado.”

C) La delimitación general de las competencias del Estado y de las comunidades autónomas

Para determinar el alcance que puede tener la delimitación de las competencias del Estado y de las comunidades autónomas que pueden realizar los estatutos de autonomía, el Tribunal Constitucional recuerda que hay que partir, necesariamente, de las previsiones de la Constitución y, por tanto, de los límites fijados en la misma. El Tribunal Constitucional afirma que:

“al atribuir el Estatuto competencias a la comunidad autónoma, quedan precisadas las que el Estado no tiene en el correspondiente territorio (artículo 149.3, primer inciso, de la CE); por el contrario, las competencias que el Estatuto no haya atribuido a la comunidad autónoma permanecen en el acervo competencial del Estado (artículo 149.3, segundo inciso, de la CE). De este modo, la función atributiva de competencias a la comunidad autónoma produce, como efecto reflejo, la delimitación de las que corresponden al Estado en el territorio autonómico de que se trate.” (F 7)

Sin embargo, la determinación del alcance que puede tener la asunción de competencias por los estatutos de autonomía no es cuestión sencilla, porque:

“la Constitución, que sí fija las materias de competencia estatal, no especifica directamente el contenido o alcance ni de las materias ni de las funciones materiales sobre las que se proyecta aquélla, ni tampoco contiene reglas expresas de interpretación que inmediatamente permitan concretar dicho contenido o alcance, lo que, en última instancia, sólo corresponde precisar a este Tribunal Constitucional en el ejercicio de su jurisdicción. [...] y la Constitución tampoco establece el elenco de materias sobre el que las comunidades autónomas pueden asumir competencias, sino que atribuye a los estatutos de autonomía la función de determinarlas, sin que dicha determinación pueda incidir en el despliegue de las competencias reservadas al Estado por el mencionado límite del artículo 149.1 de la CE (artículo 149.3 de la CE). De esta forma, los estatutos pueden libremente asumir competencias, completando así el espacio que la propia Constitución ha dejado desconstitucionalizado, para lo que han de realizar una cierta operación interpretativa.” (F 7)

En el fundamento jurídico 8 aborda a quién corresponde esta función interpretativa. El Tribunal Constitucional reproduce la doctrina constitucional contenida en la STC 76/1983, a la vista de la cual afirma:

“Lo primero que hay que señalar es que la Constitución no impide al legislador ordinario su interpretación, pues ningún precepto de aquélla así lo declara ni este Tribunal ha admitido la existencia de reservas implícitas a favor del constituyente.”

De la doctrina posterior a la STC 76/1983 y de la contenida en esta sentencia, sintetiza su posición:

“una cosa es que dicho legislador [estatal] realice con pretensiones normativas de validez general, una interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias, con pretensiones de vinculación a las comunidades autónomas (tarea que, evidentemente, le está vedada), y otra muy distinta que, en el ejercicio de las competencias que la Constitución y los estatutos de autonomía le atribuyen para la ordenación de un sector material concreto,

dicho legislador deba proceder a una interpretación del alcance y los límites de su propia competencia (STC 227/1988, F 3) (STC 40/1998, de 19 de febrero, F 6).

“En definitiva, dos criterios pueden extraerse de la doctrina contenida en la STC 76/1983 y complementarias aludidas. El primero consiste en señalar que lo que le está vedado al legislador, estatal o autonómico, es la interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional de reparto competencial con pretensión de vinculación general a todos los poderes públicos, imponiéndoles su propia interpretación de la Constitución. Y el segundo, consecuencia del anterior, se traduce en que los poderes legislativos constituidos, estatal o autonómico, ejercerán su función legislativa de modo legítimo cuando, partiendo de una interpretación de la Constitución, sus normas se dirijan a su ámbito competencial, ejerciendo las competencias propias, siempre que, al hacerlo, no pretendan imponer a todos los poderes públicos, como única, una determinada opción interpretativa del precepto constitucional, pues ‘al usar de sus facultades legislativas sobre las materias de su competencia, tanto el Estado como las comunidades autónomas han de operar a partir de un determinado entendimiento interpretativo del bloque de la constitucionalidad (STC 214/1989 [RTC 1989, 214], F 5)’ (STC 197/1996, de 28 de noviembre [RTC 1996, 197], F 21).”

En el fundamento jurídico 9 proyecta la doctrina general sobre el legislador estatutario, y afirma expresamente:

“extremo éste que el Tribunal se ha planteado pero que aún no ha resuelto.”

Para hacerlo el Tribunal Constitucional realiza inicialmente una labor descriptiva y explica las diferentes formas y modos de actuación del legislador estatutario:

“En unos casos, se ha tratado de no llevar hasta el límite de lo constitucionalmente posible la competencia asumida en el Estatuto; es decir, cuando éste, pudiendo hacerlo, no ha extendido la competencia autonómica hasta los límites fijados por el artículo 149.1 de la CE [...]. En otros casos, los estatutos han delimitado la competencia autonómica, restringiéndola mediante la remisión a lo que se establezca en la normativa estatal correspondiente [...] y el Tribunal ha reconocido también una tercera modalidad de norma estatutaria delimitadora, caracterizada porque el Estatuto incide, no ya en la competencia autonómica, sino directamente en la competencia estatal prevista en el artículo 149.1 de la CE, precisando su alcance a partir de los preceptos constitucionales que remiten a una ley orgánica habilitando en determinadas materias la regulación estatutaria. Así ha ocurrido, por ejemplo, en materias tan relevantes como son las de Administración de justicia, hacienda general o seguridad pública (artículo 149.1.5, 14 y 29 de la CE), entre otras. [...] Por último, en este mismo orden de consideraciones, una situación peculiar se produjo en materia de hacienda general (artículo 149.1.14 de la CE). En efecto, el artículo 157.1 a) de la CE se limita a señalar que los recursos de las comunidades autónomas estarán constituidos, entre otros, por ‘impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado’, sin indicar cuáles son, siendo así que el Estatuto de autonomía de Cataluña (1979), con anterioridad a la promulgación de la Ley orgánica de financiación de las comunidades autónomas (LOFCA [RCL 1980, 2165], y posteriormente todos los estatutos de autonomía) en su disposición adicional sexta, 1, relacionó los tributos estatales que serían objeto de cesión, si bien, y ahí está una peculiaridad más de la situación creada, el precepto carecía de rango estatutario, según el apartado 2, de la citada disposición adicional (STC 181/1988, de 13 de octubre [RTC 1988, 181], F 3 y 4).”

En el fundamento jurídico 10 avanza y sienta su posición:

“el legislador estatutario para poder cumplir con la función que la Constitución le atribuye, ha de partir de una interpretación del texto constitucional de especial amplitud, en atención

a la doble dimensión normativa que tiene el Estatuto [...] por un lado, en que es una norma estatal, con categoría de ley orgánica, integrante del bloque de la constitucionalidad y, por otro lado, en que el Estatuto es también la norma institucional básica de la comunidad autónoma y, por tanto, norma de cabecera de su ordenamiento.

“El Estatuto de autonomía, en cuanto que es norma estatal, puede realizar su función atributiva de competencias a la comunidad autónoma, con la consiguiente delimitación entre las competencias estatales y autonómicas, incidiendo en el alcance de las primeras, lo que hemos reconocido al legislador estatal en los fundamentos jurídicos 7 y 8. Sin embargo, es obvio que esa posible regulación normativa estatutaria no puede en ningún caso quebrantar el marco del artículo 149.1 de la CE desnaturalizando el contenido que sea propio de cada materia y que permite su reconocibilidad como institución. Lo importante, en este sentido, es que el Estatuto de autonomía, por ser norma de eficacia territorial limitada, si en ocasiones hubiere de realizar alguna precisión sobre el alcance de las materias de competencia estatal, lo haga para favorecer la mayor concreción de las competencias autonómicas que se correlacionan con ella y que, al hacerlo, no impida el despliegue completo de las funciones propias de la competencia estatal regulada en el artículo 149.1 de la CE de que se trate. Sólo si se satisfacen estas exigencias, tal modo de proceder resultará acorde a la Constitución.

“A ello se une que el Estatuto, en cuanto norma institucional básica, se dirige hacia los propios poderes de la comunidad autónoma, singularmente a la Asamblea Legislativa, ejerciendo una tarea de ordenación de sus respectivas potestades, esto es, fijando el marco normativo en el que aquéllos deben actuar. Con esta perspectiva, el Estatuto de autonomía puede legítimamente fijar las competencias propias de la comunidad y establecer su alcance. El legislador estatutario, actuando así no incurre en vicio de inconstitucionalidad por interpretación de la Constitución, al igual que hemos reconocido lo propio respecto del legislador ordinario, lo que no quiere decir que no pueda incurrir en inconstitucionalidad si infringiera una concreta atribución competencial del Estado, pues esta infracción constitucional, posible, resultaría por completo independiente de la anterior. En cualquier caso, sólo a este Tribunal corresponde apreciar, como intérprete supremo de la Constitución, si los estatutos de autonomía han incurrido en algún vicio de inconstitucionalidad, sea por excederse en el margen interpretativo de la Constitución en el que legítimamente pueden intervenir, sea por cualquier otro motivo.”

D) El contenido constitucionalmente lícito de los estatutos de autonomía

Tras analizar en el fundamento jurídico 11 la doctrina del Tribunal concluye que:

“La doctrina examinada abunda toda ella en la misma dirección y permite sostener la legitimidad constitucional de un contenido estatutario configurado ‘dentro de los términos de la Constitución’ (artículo 147.1 de la CE), siempre que esté conectado con las específicas previsiones constitucionales relativas al cometido de los estatutos.”

Este último aspecto se desarrolla en el fundamento jurídico 12. En este punto el Tribunal Constitucional analiza el alcance que la Constitución otorga a los estatutos de autonomía como norma institucional básica de las comunidades autónomas. Lo aborda de manera principal desde el análisis del artículo 147 de la CE, pero también de los otros preceptos constitucionales que prevén que los estatutos de autonomía regulen determinados aspectos ajenos a los incluidos en el artículo 147.2 de la CE (así, los artículos 3.2, 4.2, 69.5, 145.2, 149.1.29, 152.1, 152.3 y 156.2 y disposiciones adicionales 1 y 4 de la CE). Este extremo le permite

afirmar “que el contenido estatutario expresamente previsto por la Constitución excede, de entrada, de los términos literales del artículo 147.2 de la CE”.

El Tribunal Constitucional sintetiza su postura del siguiente modo:

“En todo caso, la clave acerca de cuál haya de ser el contenido de un estatuto de autonomía la ofrece el apartado 1 del artículo 147 de la CE, que sitúa el margen de dicho contenido posible del Estatuto a partir de su concepción como norma institucional básica de cada comunidad autónoma, que el Estado ‘reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico’, y ello con una invocación a ‘los términos de la presente Constitución’, invocación que informa y dota de sentido a las cuestiones concretas a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 147.2 de la CE.

[...]

“En definitiva, el contenido constitucionalmente lícito de los estatutos de autonomía incluye tanto el que la Constitución prevé de forma expresa (y que, a su vez, se integra por el contenido mínimo o necesario previsto en el artículo 147.2 de la CE y el adicional, al que se refieren las restantes remisiones expresas que la Constitución realiza a los estatutos), como el contenido que, aun no estando expresamente señalado por la Constitución, es complemento adecuado por su conexión con las aludidas previsiones constitucionales, adecuación que ha de entenderse referida a la función que en sentido estricto la Constitución encomienda a los estatutos, en cuanto norma institucional básica que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada comunidad autónoma.”

E) La posibilidad de que los estatutos de autonomía regulen derechos de los ciudadanos

En el fundamento jurídico 13 aborda la cuestión relativa a si la regulación estatutaria de derechos constitucionales vulnera o no el principio de igualdad y el artículo 139.1 de la CE. El Tribunal Constitucional afirma:

“el régimen jurídico de los derechos constitucionales no queda sustraído a las reglas del reparto competencial, pues ya sabemos que ni el artículo 53 ni el 81, ambos de la CE, son preceptos que distribuyan competencias, por lo que, salvadas las garantías de unidad (artículo 81.1 de la CE), es posible que la normativa autonómica, dictada dentro de los ámbitos competenciales que le sean propios, incida en la regulación del régimen jurídico de esos derechos, respetando siempre, naturalmente, las determinaciones que pudieran seguirse de las competencias estatales (artículo 149.1 de la CE). Así ocurre, por ejemplo, en relación con la educación (artículos 27 y 149.1.30 de la CE) e, igualmente, con los derechos de asociación (artículo 22 de la CE y correlativos preceptos estatutarios atributivos de competencia en la materia), fundación, o con el derecho a recibir y difundir información, etc. Por tanto [...] el artículo 139.1 de la CE no contempla una uniformidad absoluta del régimen de los derechos constitucionales en todo el territorio nacional, sino un principio de igualdad sustancial susceptible de modulaciones diferenciadas en mayor o menor grado en las comunidades autónomas, según el tipo de derecho de que se trate y el reparto competencial en la materia implicada.”

Concluye que:

“De la doctrina constitucional se desprende que es inherente a nuestro sistema constitucional que, como consecuencia del ejercicio por las comunidades autónomas de sus competencias exclusivas o de desarrollo legislativo, los ciudadanos residentes en los distintos territorios autonómicos puedan estar sometidos a regímenes jurídicos diferenciados en las áreas materiales correspondientes a dichas competencias y, consecuentemente, tengan diferentes derechos en esas áreas. Por ello, como indi-

cábamos en el fundamento jurídico 4, el artículo 14 de la CE sólo opera a partir de estas consideraciones y nunca haciendo abstracción de las mismas.”

Y también, que los “principios rectores contenidos en la Constitución se proyectan también con el alcance señalado sobre las competencias normativas de las comunidades autónomas porque van dirigidos, como se acaba de decir, a todos los poderes públicos sin excepción con el alcance y eficacia que les otorga el artículo 53.3 de la CE”.

En el fundamento jurídico 14 examina los límites a la regulación diferenciada de los derechos constitucionales. El Tribunal Constitucional recuerda que es posible la diferenciación jurídica entre los ciudadanos de las distintas comunidades autónomas y que esta posibilidad está sometida a los límites que la Constitución recoge. El primero de estos límites se encuentra en los artículos 53.1 y 81.1 de la CE, de los que se desprende, respecto a los derechos constitucionales, la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles. El segundo de los límites a las diversificaciones de regímenes jurídicos que pueden establecer las asambleas de las comunidades autónomas se contiene en el artículo 149.1 de nuestra Constitución. El Tribunal Constitucional nos recuerda que el artículo 149.1 de la CE tiene dos proyecciones referentes:

“Por un lado, la competencia estatal para regular ‘las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales’ (artículo 149.1.1 de la CE). Y, por otro, las competencias exclusivas, legislativas o, simplemente, de ‘legislación básica’ que el Estado también tiene atribuidas por las diversas reglas del artículo 149.1 de la CE. Reglas estas últimas que ponen de relieve el diferente grado de homogeneidad que el constituyente quiso que quedara preservado en cada una de las materias incluidas en este precepto constitucional.”

La conclusión del Tribunal Constitucional es que una vez garantizadas, por un lado, las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles respecto de los derechos constitucionales (artículos 81.1 y 149.1.1 de la CE) y, por otro, la señalada igualdad material prevista para las áreas de competencia estatal (artículo 149.1 de la CE), nuestra Constitución permite “que las asambleas legislativas de las comunidades autónomas establezcan sus propias políticas diferenciadas en las materias de su competencia y que, al hacerlo, determinen una diversidad de regímenes jurídicos en cada una de ellas con los efectos consiguientes sobre los ciudadanos de cada territorio autonómico, efectos que podrán producirse a través de los diversos medios, instrumentos o técnicas que son inherentes al ejercicio de la autonomía política (declaraciones programáticas, formulación de derechos subjetivos de los destinatarios de las actuaciones o adopción de medidas concretas, entre otras posibles)”.

En el fundamento jurídico 15 resuelve la cuestión relativa de que sean los propios estatutos de autonomía los que contengan tales declaraciones o enunciados, formalizados como derechos estatutarios que vinculen a los poderes públicos. Al analizar el artículo 147.2.d) de la CE, el Tribunal Constitucional establece:

“este precepto constitucional habilita a los estatutos de autonomía para atribuir competencias a las comunidades autónomas, correspondiendo a los órganos de autogobierno de éstas su ejercicio, lo que les permite configurar sus propias políticas, determinando con ello, como hemos afirmado en el fundamento jurídico 14, la existencia de verdaderos derechos públicos subjetivos de los ciudadanos.

“Partiendo de este dato, nada impide que el Estatuto de autonomía, en cuanto norma institucional básica de la comunidad autónoma, al atribuir las competencias que han de ejercer los poderes públicos autonómicos, les impongan, de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio o que lo hagan, de modo indirecto,

mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares. Se trata, en ambos casos, de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan.

“En todo caso, lo relevante es que dichos mandatos deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto y que, aunque vinculen efectivamente a los poderes públicos de la comunidad autónoma, necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues sólo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos, al integrarse por dicho legislador las prescripciones constitucionales que han de ser necesariamente salvaguardadas (artículos 81.1 y 149.1 de la CE).

“Por tanto, en el ámbito de lo dispuesto por el artículo 147.2.d) de la CE, los estatutos de autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por ello, cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los estatutos, tales prescripciones estatutarias han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos, que, aunque les vinculen, sólo pueden tener la eficacia antes señalada. Lo dicho ha de entenderse sin perjuicio, claro está, de que tales prescripciones estatutarias, como todas las otras contenidas en los estatutos, habrán de ser tomadas en consideración por este Tribunal Constitucional cuando controle la adecuación de las normas autonómicas al correspondiente Estatuto.

“De este modo, las referidas prescripciones de los estatutos tampoco quebrantan el artículo 139.1 de la CE, pues aparte de ser manifestación del ejercicio por el legislador estatutario de un cometido que la Constitución le atribuye, dan lugar a que, en su desarrollo, las asambleas de las comunidades autónomas puedan en ejercicio de su autonomía política establecer derechos, con sometimiento a los límites constitucionales expuestos, salvaguardando, por un lado, el sustrato de igualdad general en todo el territorio nacional de los derechos regulados en la Constitución y, de otro, las competencias que la misma atribuye al Estado.”

La conclusión es, en palabras del Tribunal Constitucional:

“los estatutos de autonomía, que en el ámbito institucional del contenido estatutario pueden establecer derechos subjetivos por sí mismos, en el ámbito de atribución competencial requieren de la colaboración del legislador autonómico, de tal manera que las prescripciones estatutarias relativas a este último ámbito, cual-

quiera que sea el modo literal en que se enuncien, han de entenderse, según antes se acaba de decir, como mandatos, orientaciones u objetivos, dirigidos a los poderes públicos autonómicos para el ejercicio de competencias que el Estatuto atribuya.”

F) La constitucionalidad del artículo 17.1 del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana

Una vez establecidos los criterios generales, el Tribunal Constitucional resolverá sobre la constitucionalidad del artículo 17.1 del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana, que establece el derecho a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad.

El Tribunal Constitucional afirmará que aunque se ha formalizado en su dicción como un derecho subjetivo público, se sitúa en la órbita de las directrices, objetivos básicos o mandatos dirigidos a los poderes públicos valencianos, que no goza de la condición de derecho constitucional y que no es ejercitable de modo directo e inmediato en vía jurisdiccional: sólo puede serlo cuando los poderes autonómicos lo instrumenten y, aun ello, de acuerdo con la Constitución, la legislación estatal o la ley.

El Tribunal Constitucional establece que la regulación del derecho ni desborda el contenido constitucionalmente lícito del Estatuto de autonomía, ni vulnera el principio de igualdad de derechos de todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado.

El Tribunal Constitucional, asimismo, afirma que el derecho se relaciona con competencias recogidas en el Estatuto de autonomía y que no colisiona ningún principio rector de la política social y económica recogido en la Constitución, que no se vincula la función legislativa del Estado, quien podrá ejercerla sin condicionamiento alguno y que no se quebranta la competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos.

Por todo ello, el fallo de la sentencia es como sigue:

“Desestimar el recurso de inconstitucionalidad núm. 7288-2007, interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón contra el artículo 20 de 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, por el que se da nueva redacción a su artículo 17.1.”

En la sentencia emiten votos particulares discrepantes los magistrados Vicente Conde Martín de Hijas, Javier Delgado Barrio, Roberto García-Calvo y Montiel y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, que con argumentos diversos coinciden en afirmar que en los estatutos de autonomía no caben tablas o declaraciones de derechos y, en su caso, de derechos subjetivos, y muestran su desacuerdo con los elementos dogmáticos que estructuran la sentencia de la mayoría.

Tribunal Constitucional. Las garantías constitucionales que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración se predicen precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el cual debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional, sin que sea posible enervar las deficiencias de prueba en el procedimiento contencioso-administrativo

SUPUESTO DE HECHO

a) El 9 de marzo de 2003 agentes del Ayuntamiento de Benidorm practicaron dos inspecciones (a las 20 y a las 0.45 horas) en el local propiedad de la entidad recurrente. Se levantaron dos actas donde consta la incautación de veintidós trozos de sustancia estupefaciente, al parecer hachís, y diecisiete colillas de cigarrillos “porros” con sustancia estupefaciente, en la primera de las actas, y un trozo de sustancia estupefaciente, al parecer hachís, en la segunda de las actas, así como otra acta por tenencia de sustancia estupefaciente en poder de un menor.

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda.

Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: Sentencia núm. 243/2007. Recurso de amparo núm. 5025/2004

FECHA: 10 de diciembre de 2007

PONENTE: D. Guillermo Jiménez Sánchez

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24 de la CE

En el seno del procedimiento administrativo sancionador el propietario negó tajantemente que en el establecimiento se tolerase el consumo de cualquier tipo de droga; alegó que no existía declaración alguna de los agentes relativa a que en el momento de entrar ellos en el local se estuvieran consumiendo las sustancias incautadas o fumando las colillas halladas en el suelo del local y que no se incautó sustancia alguna. Solicitó la práctica de prueba que analizara y pesara las sustancias, ya que en el acta no se acredita ni su naturaleza ni si, en función de su cantidad, eran significativas o importantes.

Sin practicar la prueba solicitada, se formuló una propuesta de resolución calificando los hechos como infracción grave del artículo 23.i) de la Ley orgánica 1/1992, sobre protección de la seguridad ciudadana ("La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos") y proponiendo sanción de 601 euros de multa y clausura del establecimiento y suspensión de la licencia por plazo de seis meses, además de clausura cautelar del local por tres meses.

Tras la formulación de un nuevo escrito de alegaciones frente a dicha propuesta, el 29 de mayo de 2003 se adoptó la resolución sancionadora de acuerdo con los términos de la propuesta previa.

b) La entidad recurrente interpuso un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, que fue desestimado por la sentencia dictada por el Juzgado núm. 2 de lo Contencioso-Administrativo de Alicante.

c) La entidad demandante de amparo considera que la resolución administrativa vulneró su derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE [RCL 1978, 2836]) porque fue dictada sin la existencia de prueba de cargo, al basarse exclusivamente en la denuncia formulada por los policías locales intervinientes.

El Tribunal concreta la argumentación de la demandante del siguiente modo:

"La sociedad mercantil demandante de amparo denuncia que la lesión del derecho a la presunción de inocencia se habría producido porque la resolución sancionadora se basó, exclusivamente, en los boletines de denuncia de los policías locales intervinientes, sin que, pese a que por ella se negaron los hechos, los indicados boletines fueran objeto de ratificación por los agentes de policía intervinientes, y sin que, además, se contase en el momento de dictarse la resolución sancionadora con el análisis y pesaje de las sustancias ocupadas a diversos clientes del establecimiento o halladas en él, cuyo consumo se afirma que era tolerado en el establecimiento. Tanto la ratificación de las denuncias por los policías locales intervinientes como el informe sobre el análisis y pesaje de las sustancias intervenidas se incorporaron a instancia del Ayuntamiento en la fase probatoria del proceso contencioso-administrativo, momento inidóneo para suplir el déficit probatorio del que adolecía la resolución sancionadora, razón por la cual la sentencia impugnada vulnera también los derechos fundamentales invocados (fundamento jurídico 1)."

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Constitucional advierte que el acto del poder público al cual se reprocha la vulneración del derecho fundamental es la resolución administrativa sancionadora y que "no resulta constitucionalmente admisible acumular las pruebas practicadas en el expediente sancionador por las producidas en el proceso judicial de su impugnación para, en atención a su conjunto, valorar si enervan o no la presunción de inocencia" (fundamento jurídico 2).

DOCTRINA: No es constitucionalmente admisible acumular las pruebas practicadas en el expediente sancionador por las producidas en el proceso judicial de su impugnación para, en atención a su conjunto, valorar si enervan o no la presunción de inocencia.

Las garantías constitucionales que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración se predicen precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el cual debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional.

Se vulnera la presunción de inocencia cuando se dicta resolución sancionadora por comisión de la infracción prevista en el artículo 23.i) de la Ley orgánica 1/1992, sobre protección de la seguridad ciudadana ("La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos") con la única prueba de las actas de la policía local no ratificadas en el procedimiento administrativo y sin resolver sobre la práctica de prueba solicitada por el imputado.

Sobre este extremo, a saber, la inadecuación constitucional de considerar que el proceso judicial de impugnación de una sanción administrativa subsane las lesiones del artículo 24.2 de la CE causadas en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, cita la doctrina jurisdiccional consolidada:

"entre las últimas la STC 175/2007, de 23 de julio, que así lo afirma porque: 'no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, no es posible concluir que sean los tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, *condenen* al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la CE. Esta misma sentencia constitucional continúa afirmando que la vigencia de las garantías constitucionales que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el cual debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional.'" (Fundamento jurídico 3)

En el supuesto examinado el Tribunal Constitucional afirma que los únicos medios de prueba de los que dispuso el órgano administrativo a la hora de dictar la resolución sancionadora fueron dos denuncias formuladas por los agentes de la policía local, en las cuales daban cuenta de que, al entrar en el establecimiento de la entidad demandante de amparo el día 9 de septiembre de 2003, los clientes del mismo arrojaron dos trozos de hachís y ocho colillas con sustancia estupefaciente a las 20 horas, y veintidós trozos de hachís y diecisiete colillas semejantes a las 0.45 horas cuando acudieron al local por segunda vez.

El Tribunal Constitucional considera vulnerado el artículo 24 de la CE porque:

“no se propició en el seno de procedimiento administrativo la ratificación de tales denuncias, según dispone el artículo 37 de la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana, que resultaba de aplicación [...]. A ello se une que al tiempo de imponerse la sanción tampoco se contaba con el análisis de las sustancias ocupadas en las dos intervenciones policiales de cuya naturaleza estupefaciente se deriva la conclusión de que en el establecimiento de la entidad recurrente se tolera su consumo, que es, a la postre, la infracción por la que se impuso la sanción [...]. Estas dos deficiencias, ya signi-

ficativas por sí mismas, alcanzan valor superlativo si se toma en consideración que el análisis y pesaje de las sustancias aprehendidas fue propuesta como prueba por la demandante en el expediente administrativo, junto con la declaración de otros testigos que habrían de ratificar las declaraciones juradas escritas que la sociedad mercantil demandante aportó junto con el escrito de alegaciones, sin que sobre tal proposición probatoria recayera nunca resolución expresa del órgano instructor del expediente.”

Por todo ello dicta sentencia por la que estima la demanda de amparo; declara vulnerado el derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE) y anula la resolución recurrida.

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La inadmisión de un recurso de amparo contra una sentencia penal por vulneración del artículo 24 de la CE por el Tribunal Constitucional del Estado español, por no haberse agotado los recursos previos, fundamentado en no haberse interpuesto recurso de súplica contra la decisión de inadmisión de una prueba que se dictó por un auto que estableció la indicación de no proceder recurso alguno en su contra; auto que fue recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional en recurso que, no admitido, es contrario al artículo 6 del Convenio de Roma (“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa [...] por un tribunal [...] establecido por la ley, que decidirá [...] sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”)

SUPUESTO DE HECHO

El demandante era el representante de una sociedad especializada en el comercio al por mayor de oro, que, tras una inspección fiscal, fue demandada por presuntos delitos contra la Hacienda pública y falsificación de documentos públicos, en relación con el impuesto de sociedades, porque los proveedores indicados en la parte “gastos” de la declaración no existían realmente.

En la fase de instrucción del proceso penal, entre otras pruebas, solicitó la declaración de testigos, que no fue admitida (el juzgado rechazó la solicitud de testimonios de individuos que no disponían de dirección en España, debido a que la identidad real de estas personas no fue verificada), decisión que el juez de instrucción indicó que no podía ser objeto de ningún recurso.

El demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que rechazó el recurso por no ser posible interponer directamente un recurso de amparo contra las interlocutorias en el marco de un proceso penal que continúa pendiente, sin esperar a que el mismo concluya.

Tras la celebración de una vista pública, el 13 de diciembre de 2000, el Juzgado de lo Penal núm. 27 de Madrid dictó una sentencia sobre el fondo y condenó al demandante a una pena de seis meses y un día de prisión, así como al pago de una multa por un delito contra Hacienda. En cuanto a las pruebas de descargo, el juez señaló que las facturas presentadas para justificar los gastos que figuraban en la declaración del impuesto sobre sociedades eran ficticios, en la medida en que no estaban registradas en ningún talonario de albaranes. Por tanto, el origen de las cantidades gastadas continuaba siendo desconocido y los ingresos en las cuentas bancarias de la sociedad no eran suficientes para hacer frente a los gastos, sin que el demandante justificara la proveniencia del dinero desembolsado para adquirir la mercancía. Respecto a los testigos que no fueron citados para declarar, el juez señaló que se trataba de ciudadanos holandeses identificados de manera incompleta que se

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Quinta. Asunto De la Fuente Ariza contra España. Demanda núm. 3321/2004

FECHA: 8 de noviembre de 2007

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 6 y 41 del Convenio de Roma

DOCTRINA: La inadmisión de un recurso de amparo contra una sentencia penal por vulneración del artículo 24 de la CE por el Tribunal Constitucional del Estado español, por no haberse agotado los recursos previos, fundamentado en no haberse interpuesto recurso de súplica contra la decisión de inadmisión de una prueba que se dictó por un auto que estableció la indicación de no proceder recurso alguno en su contra; auto que fue recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional en recurso que, no admitido, es contrario al artículo 6 del Convenio de Roma (“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa [...] por un tribunal [...] establecido por la ley, que decidirá [...] sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”).

habían marchado sin dejar su dirección. El juez consideró al respecto que esta demanda de prueba tenía como única finalidad impedir la celebración efectiva de la vista pública.

El demandante recurrió en apelación y por la sentencia de 20 de julio de 2002 de la Audiencia Provincial de Madrid rechazó el recurso y confirmó la sentencia recurrida. Señaló que el juez *a quo* no disponía de datos suficientes para localizar a los testigos solicitados y señaló que el demandante no colaboró en su identificación.

El demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por vulneración del artículo 24 de la CE, quejándose particularmente de que no se admitiera como prueba la declaración de los testigos. Por decisión de 30 de junio de 2003, notificada el 15 de julio de 2003, el Tribunal declaró inadmisibles el recurso porque el demandante no interpuso un recurso de súplica contra la decisión (de 7 de abril de 2000) que rechazaba las pruebas que había solicitado. El Tribunal Constitucional afirma que siendo este recurso disponible conforme a la Ley de enjuiciamiento criminal y razonablemente exigible por el demandante, el carácter subsidiario del Tribunal Constitucional no fue respetado.

La legislación interna aplicable

Ley de enjuiciamiento criminal:

Artículo 219: "Los recursos de reforma y apelación se interpondrán ante el mismo juez que hubiere dictado el auto [...]."

Artículo 220: "Será juez competente para conocer del recurso de reforma el mismo ante quien se hubiese interpuesto, con arreglo al artículo anterior [...]."

Artículo 236: "Contra los autos de los tribunales de lo criminal podrá interponerse el recurso de súplica ante el mismo que los hubiese dictado."

Artículo 238: "El recurso de súplica contra un auto de cualquier tribunal se sustanciará por el procedimiento señalado para el recurso de reforma [...]."

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La violación del artículo 6.1 del Convenio

El Tribunal recuerda:

"que el 'derecho a un tribunal', del que el derecho de acceso constituye un aspecto (ver, principalmente, Golder contra Reino Unido, sentencia de 21 de febrero de 1975 [TEDH 1975, 1], serie A, núm. 18, pg. 18, ap. 36), no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, principalmente en lo que concierne a las condiciones de admisión de un recurso, ya que por su naturaleza requiere una regulación por parte del Estado, que goza al respecto de cierto margen de apreciación (García Manibardo contra España [TEDH 2000, 73], núm. 38695/1997, ap. 36, CEDH 2000-II; Mortier contra Francia [TEDH 2001, 495], núm. 42195/1998, ap. 33, 31 de julio de 2001; Berger contra Francia [TEDH 2002, 70], núm. 48221/1999, ap. 30, CEDH 2002-X).

"Sin embargo, las limitaciones aplicadas no deben restringir el acceso abierto al individuo de una manera o hasta un punto que se vulnere el derecho en su propia sustancia. Además, no se concilian con el artículo 6.1 salvo si persiguen una finalidad legítima y si existe un vínculo razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (Tolstoy Miloslavsky contra Reino Unido [TJCE 1995, 22], sentencia de 13 de julio de 1995, serie A núm. 316-B, pg. 41, ap. 31; Guérin contra Francia [TEDH 1998, 87], sentencia de 29 de julio de 1998, Repertorio de sentencias y decisiones 1998-V, ap. 37; Berger, citada)."

En cuanto a la queja planteada del no-agotamiento de las vías de recurso, el Tribunal señala que, en el marco del proceso penal:

"el demandante recurrió ante el Tribunal Constitucional, en dos ocasiones: la decisión de 24 de julio de 2000 del Tribunal rechazó el recurso de amparo interpuesto contra la decisión de 7 de abril de 2000 por ser prematuro, en la medida en que el proceso penal sobre el fondo continuaba pendiente. Una vez concluido el proceso sobre el fondo, el demandante interpuso un segundo recurso de amparo, rechazado por no-agotamiento por la decisión de 30 de junio de 2003, debido a que no había interpuesto el recurso de súplica previsto por la Ley."

La decisión del Tribunal Constitucional de 30 de junio de 2003 ignoraba que la decisión de 7 de abril de 2000, que rechazó la demanda que solicitaba como prueba la declaración de los testigos, afirmaba expresamente que no podía ser objeto de recurso.

En vista de las circunstancias del caso, el Tribunal constata:

"que esta motivación es incoherente con la precedente decisión del Tribunal Constitucional que rechazó el primer recurso de amparo por prematuro, en la medida en que el proceso no había llegado a su término. Por tanto, el demandante se vio privado de su derecho de acceso a un tribunal por un motivo formal, a saber, la ausencia de recurso contra la decisión de 7 de abril de 2000. El Tribunal recuerda que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar confianza a los justiciables (ver, *mutatis mutandis*, Remli contra Francia [TEDH 1996, 22], sentencia de 3 de abril de 1996, Repertorio 1996-II, ap. 8). En consecuencia, rechazar el primer recurso de amparo debido a que el proceso no había concluido, y una vez concluido éste declararlo inadmisibles por no-agotamiento, debido a que el demandante no había interpuesto un recurso contra una decisión que declaraba expresamente la ausencia de recurso en su contra, debe ser calificado como una falta de seguridad jurídica sufrida por el demandante."

Estos elementos bastan al Tribunal para concluir que el rechazo del recurso de amparo del demandante por no agotamiento le privó de su derecho de acceso a un tribunal garantizado por el artículo 6.1 del Convenio y por unanimidad: 1^º. Declara la demanda admisible; 2^º. Declara que ha habido violación del artículo 6.1 del Convenio.

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras los organismos responsables de los procedimientos de recurso tienen la obligación de respetar la confidencialidad de la información por la entidad adjudicadora establecida en la Directiva 93/36/CE

SUPUESTO DE HECHO

El 14 de diciembre de 2001, el Estado belga inició el procedimiento de adjudicación de un contrato público para el suministro de eslabones de orugas para carros del tipo Leopardo. Presentaron sus ofertas dos licitadores, a saber, Varec y Diehl Remscheid GmbH & Co. (en lo sucesivo, Diehl).

Al examinar dichas ofertas, el Estado belga estimó que la presentada por Varec no reunía los criterios de selección de carácter técnico y que dicha oferta era irregular. En cambio, consideró que la oferta de Diehl respondía a todos los criterios de selección, que era regular y que sus precios eran normales. En consecuencia, el Estado belga adjudicó el contrato a Diehl mediante decisión del Ministro de Defensa de 28 de mayo de 2002 (en lo sucesivo, "decisión de adjudicación del contrato").

El 29 de julio de 2002, Varec interpuso un recurso ante el Conseil d'État dirigido a la anulación de la decisión de adjudicación del contrato. Diehl fue admitida como parte coadyuvante.

El expediente que el Estado belga remitió al Conseil d'État no incluía la oferta de Diehl. Varec solicitó que se incorporara dicha oferta al expediente. El Auditeur del Conseil d'État, encargado de elaborar un informe (en lo sucesivo, Auditeur), formuló la misma solicitud.

El 17 de diciembre de 2002, el Estado belga incorporó al expediente la oferta de Diehl, puntualizando que no figuraban en ella los planos de conjunto del eslabón propuesto ni sus elementos constitutivos. Señaló que, de conformidad con el pliego de condiciones y a petición de Diehl, había devuelto a ésta dichos elementos. Añadió que, por esta razón, no podía incorporar tales elementos al expediente y que, si resultaba indispensable que figuraran en él, era preciso solicitar a Diehl que los proporcionara. Asimismo, el Estado belga recordó que Varec y Diehl están enfrentados por lo que respecta a los derechos intelectuales correspondientes a los planos de que se trata.

Mediante escrito del mismo día, Diehl informó al Auditeur de que su oferta, tal y como se había incorporado al expediente por el Estado belga, contenía datos e informaciones confidenciales y que, en consecuencia, se oponía a que terceras partes, incluida Varec, pudieran conocer dichos datos e informaciones confidenciales relacionados con secretos comerciales incluidos en esa oferta. Según Diehl, algunos pasajes de los anexos 4, 12 y 13 de su oferta contienen datos precisos relativos a las revisiones exactas de los planos de fabricación aplicables y al proceso industrial.

En su informe de 23 de febrero de 2006, el Auditeur solicitó la anulación de la decisión de adjudicación del contrato debido a que, "a falta de una colaboración leal de la parte contraria para una buena administración de la justicia y un proceso justo, la única sanción consiste en anular el acto administrativo cuya legalidad no ha quedado acreditada debido a que no se han presentado ciertos documentos para su debate contradictorio".

El Estado belga se opuso a esta conclusión y solicitó al Conseil d'État que se pronunciara sobre la cuestión del respeto de la confidencialidad de los documentos de la oferta de Diehl

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Tercera. Cuestión prejudicial. Asunto C-450/06

FECHA: 19 de febrero de 2008

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión resultante 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. Artículo 15, apartado 2, de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997.

DOCTRINA: Debe existir un equilibrio entre el principio de contradicción y el derecho al respeto de los secretos comerciales y, por ello, el organismo responsable de los procedimientos de recurso previstos en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, en particular, la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información.

Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 de la CE, a fin de que el procedimiento respete, en su conjunto, el derecho a un proceso justo.

que contenían información vinculada a secretos comerciales, que se habían aportado a los autos en el procedimiento ante dicho órgano jurisdiccional.

En estas circunstancias, el Conseil d'État decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

"El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 [...], en relación con el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 93/36 [...] y el artículo 6 de la Directiva 2004/18 [...], ¿debe interpretarse en el sentido de que el organismo responsable de los procedimientos de recurso previstos en dicho artículo debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales contenidos en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, incluida la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información?"

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El litigio principal versa sobre el derecho a la protección de la información confidencial, que es un derecho sustantivo, aunque su ejercicio pueda tener efectos procesales. La Directiva 89/665 no contiene ninguna disposición que regule expresamente el tema de la protección de la información confidencial. Tiene por objeto garantizar el respeto del Derecho comunitario en materia de contratos públicos, y por ello, señala el Tribunal "procede interpretar su artículo 1, apartado 1, a la luz tanto de las disposiciones de la Directiva 93/36 como de las demás disposiciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos".

El objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende la apertura a la competencia no falseada en todos los estados miembros (el Tribunal cita, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44). Para alcanzar dicho objetivo, el Tribunal afirma que:

"es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores (fundamento jurídico 35)."

El artículo 15, apartado 2, de la Directiva 93/36 establece que las entidades adjudicadoras tienen la obligación de respetar el carácter confidencial de todas las informaciones proporcionadas por los proveedores:

"En el marco específico de la comunicación a un candidato o licitador descartado de las razones por las que se rechazó su candidatura o su oferta y en el de la publicación del anuncio de adjudicación de un contrato, los artículos 7, apartado 1, y 9, apartado 3, de dicha Directiva reconocen a las entidades adjudicadoras la facultad de no comunicar determinada información cuando su divulgación perjudique los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas, o pueda perjudicar la competencia leal entre proveedores." (Fundamento jurídico 38)

El Tribunal razona que:

a) "dichas disposiciones versan sobre la actuación de las entidades adjudicadoras". Sin embargo, hay que reconocer, señala:

"que su eficacia se vería seriamente comprometida si, en un recurso interpuesto contra una decisión adoptada por una entidad adjudicadora relativa a un procedimiento de adjudicación de un contrato público, toda la información sobre este procedimiento debiera ponerse, sin límite alguno, a disposición del autor de dicho recurso, o incluso de otras personas como las partes coadyuvantes." (Fundamento jurídico 39)

b) "la mera interposición de un recurso daría acceso a información que podría utilizarse para falsear la competencia o para perjudicar los intereses legítimos de operadores económicos que participaron en el procedimiento de adjudicación del con-

trato público de que se trate. Tal posibilidad podría incluso incitar a los operadores económicos a interponer recursos con el único objetivo de acceder a los secretos comerciales de sus competidores." (Fundamento jurídico 40)

c) "Las obligaciones establecidas en la Directiva 93/36 en lo referente al respeto de la confidencialidad de la información por la entidad adjudicadora son asumidas, en el marco de un recurso, por el organismo responsable del procedimiento de recurso. Por lo tanto, la exigencia de un recurso eficaz establecida en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, en relación con los artículos 7, apartado 1, 9, apartado 3, y 15, apartado 2, de la Directiva 93/36, obliga a dicho organismo a adoptar las medidas necesarias para garantizar la eficacia de tales disposiciones y, con ello, el mantenimiento de una competencia leal, así como la protección de los intereses legítimos de los operadores económicos de que se trate." (Fundamento jurídico 42)

De lo anterior se desprende, señala el Tribunal, que:

"en un procedimiento de recurso en materia de adjudicación de un contrato público, el organismo responsable de este procedimiento debe poder decidir que no se transmita a las partes ni a sus abogados una información contenida en el expediente relativo a tal adjudicación cuando sea necesario para garantizar la protección de la competencia leal o de los intereses legítimos de los operadores económicos que persigue el Derecho comunitario." (Fundamento jurídico 43)

El Tribunal contrasta esta interpretación con el concepto de proceso justo a efectos del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y recuerda que:

"según reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el carácter contradictorio de un procedimiento constituye uno de los elementos que permiten apreciar su carácter justo, pero puede ser ponderado con otros derechos e intereses." (Fundamento jurídico 46)

El principio de contradicción, por regla general, implica el derecho de las partes procesales de obtener comunicación de las pruebas y alegaciones presentadas ante el juez y de discutir las. Sin embargo, el Tribunal se refiere a la jurisprudencia del TEDH relativa a que en algunos casos:

"puede resultar necesario no comunicar determinada información a las partes para preservar los derechos fundamentales de un tercero o para proteger un interés público importante." (Véase TEDH, sentencias Rowe y Davis c. Reino Unido, de 16 de febrero de 2000 [TEDH 2000, 85], Recueil des arrêts et décisions 2000-II, § 61, y V. c. Finlandia, de 24 de abril de 2007, aún no publicada en el Recueil des arrêts et décisions, § 75)

El TJCE advierte que entre los derechos fundamentales que pueden ser así protegidos:

"figura el derecho al respeto de la intimidad, que está recogido en el artículo 8 del CEDH y que tiene su origen en las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros y se reafirma en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (LCEur 2000, 3480) (DOC 364, p. 1)." (Véanse, en particular, las sentencias de 8 de abril de 1992 [TJCE 1992, 83], Comisión/Alemania, C-62/90, Rec. p. I-2575, apartado 23, y de 5 de octubre de 1994 [TJCE 1994, 174], X/Comisión, C-404/92 P, Rec. p. I-4737, apartado 17).

A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende que no cabe considerar que el concepto de intimidad deba interpretarse en el sentido de que excluye las actividades profesionales o comerciales de las personas físicas y jurídicas (véase TEDH, sentencias Niemietz c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992 [TJCE 1992, 77], serie A,

núm. 251-B, § 29; *Société Colas Est y otros c. Francia*, de 16 de abril de 2002 [PROV 2002, 132780], *Recueil des arrêts et décisions 2002-III*, § 41, y *Peck c. Reino Unido*, de 28 de enero de 2003 [PROV 2003, 50030], *Recueil des arrêts et décisions 2003-I*, § 57), actividades que pueden comprender la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia recuerda que:

“ha reconocido la protección de los secretos comerciales como un principio general (véanse las sentencias de 24 de junio de 1986 [TJCE 1986, 99], *AKZO Chemie y AKZO Chemie UK/Comisión*, 53/85, Rec. p. 1965, apartado 28, y de 19 de mayo de 1994 [TJCE 1994, 80], *SEP/Comisión*, C-36/92 P, Rec. p. I-1911, apartado 37).”

Y que:

“el mantenimiento de una competencia leal en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos constituye un interés público importante cuya protección se admite en virtud de la jurisprudencia citada en el apartado 47 de la presente sentencia.”

El principio de la protección de la información confidencial y de los secretos comerciales debe aplicarse de manera que se concilie con las exigencias de una protección jurídica efectiva y el respeto del derecho de defensa de las partes en el litigio y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 de la CE, de manera que se garantice que el procedimiento respeta, en su conjunto, el derecho a un proceso justo. Para ello, establece el Tribunal que:

a) “el organismo responsable de los procedimientos de recurso debe poder disponer necesariamente de la información precisa para estar en condiciones de pronunciarse con pleno cono-

cimiento de causa, incluida la información confidencial y los secretos comerciales (véase, por analogía, la sentencia *Mobistar* [TJCE 2006, 200], antes citada, apartado 40).”

b) “Habida cuenta del perjuicio extremadamente grave que podría resultar de la comunicación irregular de determinada información a un competidor, el referido organismo debe, antes de comunicar dicha información a una de las partes litigantes, dar al operador económico de que se trate la posibilidad de alegar el carácter confidencial o de secreto comercial de aquélla (véase, por analogía, la sentencia *AKZO Chemie y AKZO Chemie UK/Comisión* [TJCE 1986, 99], antes citada, apartado 29).”

Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada en el sentido que:

“el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, en relación con el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 93/36, debe interpretarse en el sentido de que el organismo responsable de los procedimientos de recurso previstos en dicho artículo 1, apartado 1, debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, en particular, la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información. Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 de la CE, a fin de que el procedimiento respete, en su conjunto, el derecho a un proceso justo.”

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La normativa comunitaria se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado miembro.

Ello es así se superen o no los umbrales comunitarios, salvo que constituyan, en realidad, un acto administrativo unilateral que imponga obligaciones exclusivamente a cargo del proveedor del servicio postal universal y que se aparte sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de este último, extremo cuya verificación corresponde al órgano jurisdiccional remitente

SUPUESTO DE HECHO

Se trata de la petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 43 y 49 del TCE, en relación con el artículo 86 del TCE, en el contexto del proceso de liberalización de los servicios postales y a la luz de las normas comunitarias en materia de contratación pública.

La petición se presenta en el marco de un litigio entre la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (en lo sucesivo, Asociación Profesional) y la Administración General del Estado, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (en lo sucesivo, Ministerio), en relación con la decisión de este último de adjudicar los servicios postales, sin licitación pública previa, a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA (en lo sucesivo, Correos), sociedad que es el proveedor del servicio postal universal en España.

A resultas de un procedimiento negociado que se tramitó sin haberse convocado licitación pública previa, el Ministerio y

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Primera. Cuestión prejudicial.

Asunto C-220/06

FECHA: 18 de diciembre de 2007

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 43, 49 y 86 del TCE. Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio: artículo 1; artículo 3, apartado 1; artículo 3, apartado 4, y artículo 7, apartados 1 y 2. Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de

Correos firmaron, el 6 de junio de 2002, un convenio de colaboración para la prestación de servicios postales y telegráficos (en lo sucesivo, convenio de colaboración).

El mencionado convenio de colaboración prevé la prestación por Correos, en beneficio del Ministerio, de los servicios postales y telegráficos relacionados con los siguientes objetos:

–Cartas (ordinarias, certificadas y urgentes), urbanas, interurbanas e internacionales, sin limitación de peso o volumen.

–Paquetes (postal, azul e internacional) sin limitación de peso o volumen.

–Postal exprés nacional y EMS (Express. Mail Service) internacional, sin limitación de peso o volumen.

–Entrega de libros, correo bibliotecario, revistas y el *Boletín Oficial del Ministerio* a nivel nacional (urbana e interurbana) e internacional (por vía terrestre y aérea), sin limitación de peso o volumen.

La contraprestación económica de la prestación de servicios depende del volumen de facturación. Ante el órgano jurisdiccional remitente se estimó, sin que ello fuera objeto de controversia, que el importe anual de dicha contraprestación es superior a 12.020,42 euros.

El convenio de colaboración se celebró por tiempo indefinido y seguía vigente en la fecha de la resolución de remisión.

La Asociación Profesional interpuso un recurso ante el Ministerio contra la resolución administrativa que, mediante el convenio de colaboración, había adjudicado servicios postales liberalizados sin licitación pública previa.

Mediante resolución de 20 de marzo de 2003, el Ministerio desestimó dicho recurso, basándose en que el procedimiento de adjudicación de los servicios postales que tramitó se fundaba en la existencia de un convenio de colaboración, convenio que queda fuera del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública y que, por este motivo, no está sujeto a los principios de publicidad y libre competencia.

A este respecto, el Ministerio consideró que no había celebrado ningún contrato con Correos, sino que esta entidad presta sus servicios en virtud de un convenio de colaboración celebrado con arreglo al artículo 3, apartado 1, letra d), de la Ley de contratos de las administraciones públicas y al artículo 58, apartado 2, párrafo quinto, de la Ley 14/2000.

Contra esta resolución denegatoria del Ministerio de 20 de marzo de 2003, la Asociación Profesional interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional.

Según este último Tribunal, la solución del litigio del que conoce depende de la interpretación del Derecho comunitario. En efecto, el Tribunal de Justicia podría entender que la utilización de los convenios de colaboración es incompatible con los principios de publicidad y libre competencia aplicables a la contratación administrativa, considerando bien que tales convenios tan sólo pueden ser utilizados en el ámbito de los servicios postales reservados por la Ley al proveedor del servicio universal, bien que son incompatibles con los referidos principios también en este ámbito. En el supuesto de tal constatación, habría que llegar a la conclusión del carácter ilegal de un convenio de colaboración como el controvertido en el caso de autos, cuyo contenido sería nulo en su totalidad o sólo en lo que excediera de los servicios postales en relación con los cuales el Tribunal de Justicia considerase que es procedente la utilización de tal convenio de colaboración.

En tales circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Deben interpretarse los artículos 43 del TCE y 49 [TCE], en relación con el artículo 86 del TCE, en su aplicación en el marco de la liberalización de los servicios postales establecida por las directivas 97/6 y 2002/38/CE y en el marco de los criterios recto-

adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001: artículo 1; artículo 3, apartado 2; artículo 6; artículo 7, apartado 1, letra a), segundo guión, inciso ii), en relación con la categoría 4 del anexo I A; artículo 7, apartado 5, y artículo 8. Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales, que tiene por objeto adaptar el Derecho interno español a la Directiva 97/67: artículo 18. Ley de contratos de las administraciones públicas, cuyo Texto refundido fue aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio: artículo 11; artículo 206, apartado 4, y artículo 3, apartado 1, letra d). Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social: artículo 58, que prevé que las administraciones públicas podrán celebrar los convenios de colaboración a los que se refiere el artículo 3 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, con Correos, para la prestación de las actividades que corresponden a su objeto social.

DOCTRINA: El Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales reservados, con arreglo a la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado miembro.

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, en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50 y constituyan, con arreglo al artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 2001/78, contratos celebrados por escrito y a título oneroso, extremo cuya verificación corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

Tanto los artículos 43, 49 y 86 del TCE como los

res de la contratación pública que establecen las directivas *ad hoc*, en el sentido de que no admiten un convenio cuyo objeto incluye la prestación de servicios postales, tanto reservados como no reservados y, por tanto, liberalizados, suscrito entre una sociedad estatal de capital íntegramente público que además es el operador habilitado para la prestación del servicio postal universal y un órgano de la Administración del Estado?”

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La Audiencia Nacional pide en lo sustancial que se dilucide si el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales –tanto reservados como no reservados– a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado miembro.

El TJCE de manera previa recuerda que el artículo 7 de la Directiva 97/6 autoriza a los estados miembros a reservar determinados servicios postales al proveedor o proveedores del servicio postal universal, en la medida en que sea necesario para el mantenimiento de dicho servicio postal universal. De ello el Tribunal deduce que:

“es preciso declarar que, en lo que atañe a tales servicios reservados, no resultan aplicables las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, cuyo objetivo principal es la libre circulación de las mercancías y de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los estados miembros (sentencias de 11 de enero de 2005 [TJCE 2005, 1], Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44, y de 11 de mayo de 2006 [TJCE 2006, 139], Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 58).” (Fundamento jurídico 40)

El TJCE se plantea si el convenio estaba comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, relativa a los contratos públicos de servicios postales; para el supuesto que el precio pactado en el convenio supere el umbral comunitario (cuyo equivalente en la fecha de los hechos del litigio principal ascendía a 249.681 euros), en cuanto se refiera a servicios no reservados, la citada Directiva supedita la adjudicación de los contratos públicos a los que se aplica a la observancia de determinadas exigencias de procedimiento y de publicidad.

El TJCE reitera que:

“la definición de un contrato público de servicios es materia del Derecho comunitario, de modo que la calificación del convenio de colaboración en Derecho español no es pertinente para dilucidar si este último está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de octubre de 2005 [TJCE 2005, 309], Comisión/Francia, C-264/03, Rec. p. I-8831, apartado 36, y de 18 de julio de 2007 [TJCE 2007, 209], Comisión/Italia, C-382/05, Rec. p. I-0000, apartado 30.” (Fundamento jurídico 50)

El TJCE niega que sea de aplicación a este caso la doctrina establecida en la sentencia Asemfo (C-295/05, Rec. p. I-2999), en la que declaró que:

“el requisito de aplicabilidad de las directivas en materia de adjudicación de contratos públicos relativo a la existencia de un contrato no se cumple cuando la sociedad estatal controvertida en el asunto que dio lugar a aquella sentencia no dispone de libertad alguna ni en lo que atañe a la aceptación y ejecución de los encargos de las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a los servicios que presta, extremo que incumbía verificar al órgano jurisdiccional remitente.” (Fundamento jurídico 51)

Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal, tiene un cometido totalmente distinto a la empresa Asemfo, ya

principios de igualdad de trato, no-discriminación por razón de la nacionalidad y transparencia deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que permite que las administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/6 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique no alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 2001/78, y no constituyan, en realidad, un acto administrativo unilateral que imponga obligaciones exclusivamente a cargo del proveedor del servicio postal universal y que se aparte sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de este último, extremo cuya verificación corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

que su clientela está compuesta por cualquier persona interesada en utilizar el servicio postal universal. El Tribunal concluye que:

“el mero hecho de que Correos no disponga de libertad alguna ni en lo que atañe a la aceptación y ejecución de los encargos del Ministerio ni en cuanto a la tarifa aplicable a los servicios que presta no puede tener como consecuencia automática el que no se haya celebrado ningún contrato entre ambas entidades”. (Fundamento jurídico 53)

Esta situación, explica el Tribunal, no es necesariamente diferente de la que existe cuando un cliente privado quiere utilizar los servicios de Correos que forman parte del servicio postal universal.

El Gobierno español sostiene concretamente que, en todo caso, el convenio de colaboración no puede estar sujeto a las normas que regulan los contratos públicos, dado que concurren los criterios *in house* establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En el fundamento jurídico 58 el Tribunal sintetiza los criterios *in house*:

“según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, de conformidad con las directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, la licitación no es obligatoria, aunque la otra parte contratante sea una persona jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, cuando se cumplan dos requisitos. Por una parte, la autoridad pública que es entidad adjudicadora debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan (véanse las sentencias de 18 de noviembre de 1999 [TJCE 1999, 270], Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 50; Stadt Halle y RPL Lochau [TJCE 2005, 1], antes citada, apartado 49; Carbotermo y Consorzio Alisei [TJCE 2006, 139], antes citada, apartado 33, así como Asemfo [TJCE 2007, 85], antes citada, apartado 55).”

El TJCE afirma que no se cumple el segundo requisito: Correos no realiza la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan.

El Gobierno español alega que las relaciones que vinculan a la Administración pública con una sociedad titular de un derecho exclusivo son, por su propia naturaleza, relaciones de exclusiva, lo que supone un estadio superior al de "actividad esencial". Correos es titular de un derecho exclusivo debido al hecho de que dicha sociedad está obligada, en virtud del artículo 58 de la Ley 14/2000, a prestar a las administraciones públicas los servicios que constituyen su objeto social, objeto social que incluye tanto los servicios reservados como los no reservados.

Esta alegación se sustenta en que la existencia de un derecho exclusivo puede justificar la no-aplicación de la Directiva 92/50, dado que, a tenor de su artículo 6, dicha Directiva "no se aplicará a los contratos públicos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra b) del artículo 1, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado".

El TJCE afirma que:

"la disposición nacional [que] atribuya al proveedor nacional del servicio postal universal el derecho exclusivo a prestar a las administraciones públicas los servicios postales no reservados con arreglo al artículo 7 de la Directiva 97/6 —servicios a los que se circunscribe el presente análisis—, [...] es incompatible con la finalidad de esta Directiva." (Fundamento jurídico 66)

De ello el TJCE establece que en la cuestión planteada "la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales *no reservados*, con arreglo a la Directiva 97/6, a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50 y constituyan, con arreglo al artículo 1, letra a), de dicha Directiva, contratos celebrados por escrito y a título oneroso, extremo cuya verificación corresponde al órgano jurisdiccional remitente." (Fundamento jurídico 70)

El TJCE examina seguidamente si es posible la adjudicación a Correos de servicios postales no reservados, por un precio que no supere los umbrales comunitarios, al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos. El Tribunal afirma que:

"pese a que determinados contratos no están comprendidos en el ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebran están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado y en particular el principio de no-discriminación por razón de la nacionalidad (sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartado 32, y jurisprudencia que se cita). Este criterio se aplica con mayor razón aun cuando se trata de contratos públicos de servicios cuyo valor no supera los umbrales fijados por la Directiva 92/50. El mero hecho de que el legislador comunitario haya considerado que los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las directivas sobre contratos públicos no son adecuados cuando los contratos públicos son de escaso valor no significa que éstos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario (auto de 3 de diciembre de 2001 [TJCE 2001, 380], Vestergaard, C-59/00, Rec. p. I-9505, apartado 19, y sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartado 33). (Fundamento jurídico 71)

El TJCE afirma que el artículo 43 del TCE se aplica a los contratos públicos de servicios cuyo valor no alcanza los umbrales

fijados por la Directiva 92/50; también los principios de no-discriminación por razón de la nacionalidad, el principio de igualdad de trato de los licitadores es también aplicable a tales contratos públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de la nacionalidad. Cita por analogía las sentencias de 13 de octubre de 2005 [TJCE 2005, 295], Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartado 48, y de 6 de abril de 2006 [TJCE 2006, 111], ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 20. De estos principios se deriva una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública adjudicadora se asegure de que los mencionados principios son respetados. De ello deduce:

a) "Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia los contratos de prestación de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse, por analogía, las sentencias Parking Brixen [TJCE 2005, 295], apartado 49, y ANAV [TJCE 2006, 111], apartado 21, antes citadas)." (Fundamento jurídico 75)

b) "En principio, la falta total de licitación en la adjudicación de un contrato público de servicios como el que es objeto del caso de autos no responde a los requisitos de los artículos 43 y 49 del TCE ni a los principios de igualdad de trato, no-discriminación y transparencia (véanse, por analogía, las sentencias Parking Brixen [TJCE 2005, 295], apartado 50, y ANAV [TJCE 2006, 111], apartado 22, antes citadas)." (Fundamento jurídico 76)

c) "del artículo 86 del TCE, apartado 1, se desprende que los estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de contratos públicos de servicios sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 o 49 del TCE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no-discriminación y transparencia (véanse, por analogía, las sentencias Parking Brixen [TJCE 2005, 295], apartado 52, y ANAV [TJCE 2006, 111], apartado 23, antes citadas)." (Fundamento jurídico 77)

d) "tratándose de los servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/6 (LCEur 1998, 82) —únicos servicios que son objeto del presente análisis—, el artículo 86 del TCE (RCL 1999, 1205 TER), apartado 2, no puede servir de fundamento para justificar el derecho exclusivo, en beneficio del proveedor del servicio postal universal, a prestar tales servicios a las administraciones públicas." (Fundamento jurídico 83)

La conclusión es:

"los artículos 43, 49 y 86 del TCE como los principios de igualdad de trato, no-discriminación por razón de la nacionalidad y transparencia deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que permite que las administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/6 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique no alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50 (LCEur 1992, 2431) y no constituyan, en realidad, un acto administrativo unilateral que imponga obligaciones exclusivamente a cargo del proveedor del servicio postal universal y que se aparte sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de este último, extremo cuya verificación corresponde al órgano jurisdiccional remitente."

En virtud de todo ello, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara los extremos recogidos como doctrina en el encabezamiento de este resumen.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, primera alternativa, 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, debe interpretarse en el sentido de que existe una financiación mayoritaria por el Estado cuando las actividades de organismos públicos de radiodifusión están financiadas mayoritariamente mediante un canon a cargo de los poseedores de un aparato receptor.

El requisito relativo a la “financiación por el Estado” no exige la influencia directa del Estado o de otros poderes públicos en la adjudicación que realizan los organismos públicos de radiodifusión

SUPUESTO DE HECHO

La petición de decisión prejudicial se refiere a la interpretación del artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, primera alternativa, y letra a), inciso iv), 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 (DO L 209, p. 1).

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio respecto a si los organismos públicos de radiodifusión alemanes (Landesrundfunkanstalten) constituyen entidades adjudicadoras a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de los contratos públicos.

Los organismos públicos de radiodifusión alemanes crearon, mediante un acuerdo administrativo, una central de cobro de los cánones, la Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (en lo sucesivo, GEZ).

En agosto de 2005, la GEZ pidió por escrito a once empresas de limpieza que presentaran ofertas vinculantes de prestación de servicios de limpieza para sus instalaciones de Colonia. No se tramitó ningún procedimiento formal de adjudicación de contrato conforme a las normas comunitarias. La duración prevista del contrato iba desde el 1 de marzo de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2008 y se establecía la tácita reconducción por períodos de un año. La GEZ estimó los gastos totales anuales en más de 400.000 euros.

La empresa GEWA - Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH, una de las empresas de limpieza con las que se contactó en relación con la solicitud de ofertas, fue informada por la GEZ, en noviembre de 2005, de que no se le había adjudicado el contrato. Al considerar que, como entidad adjudicadora, la GEZ debía someter el contrato de limpieza a un procedimiento de licitación según las normas comunitarias, dicha empresa recurrió ante la sala competente en materia de adjudicación de contratos públicos de la Bezirksregierung Köln. Este órgano jurisdiccional estimó el recurso y declaró que el contrato de que se trataba era ajeno a la actividad de radiodifusión y, por consiguiente, estaba comprendido en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario de los contratos públicos.

Los organismos públicos de radiodifusión apelaron esta resolución ante la sala de contratos públicos del Oberlandesgericht Düsseldorf, alegando que no eran entidades adjudicadoras, dado que el servicio público de radiodifusión está mayoritariamente financiado por el canon que pagan los telespectadores y que no hay ninguna financiación ni control públicos a este respecto.

El órgano jurisdiccional remitente de la petición señala que los organismos públicos de radiodifusión fueron creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general, sin carácter industrial o mercantil, y están dotados de personalidad jurídica; que los poderes públicos no ejercen ningún control sobre la gestión de estos organismos y no tienen ninguna influencia en la designación de sus órganos de dirección y que,

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Cuarta. Cuestión prejudicial. Asunto C-337/06

FECHA: 13 de diciembre de 2007

DISPOSICIONES ANALIZADAS: 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, en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001: artículo 1 y artículo 7.

Directiva 71/305/CEE: el artículo 30 y el anexo I.

Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios: artículo 1, apartado 9, y artículo 16, letra b). Artículo 5, apartado 1, párrafo segundo, de la Constitución alemana (“Quedan garantizadas la libertad de prensa y la libertad de información en medios de radiodifusión y cinematográficos”).

DOCTRINA: El artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, primera alternativa, 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, debe interpretarse en el sentido de que existe una financiación mayoritaria por el Estado cuando las actividades de organismos públicos de radiodifusión están financiadas mayoritariamente mediante un canon a cargo de los poseedores de un aparato receptor, impuesto, calculado y percibido según normas como las consideradas en el asunto principal.

El artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, primera alternativa, de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de financiación de las actividades de organismos públicos de radiodifusión según las modalidades expuestas en el párrafo anterior, el requisito relativo a la “financiación por el Estado” no exige la influencia directa del Estado o de otros poderes públicos en la adjudicación, por tales organismos, de un contrato como el que se discute en el asunto principal.

El artículo 1, letra a), inciso iv), de la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que, en virtud de esta disposición, sólo los contratos públicos relativos a los servicios citados en esta disposición están excluidos del ámbito de aplicación de dicha Directiva.

por tanto, queda por comprobar si la actividad de los organismos de que se trata está mayoritariamente financiada por el Estado o por otras entidades adjudicadoras, para que puedan ser considerados “organismos de Derecho público” y, por tanto, “entidades adjudicadoras”.

El órgano jurisdiccional remitente señala a este respecto que, según una de las corrientes jurisprudenciales y doctrinales actuales en Alemania, el requisito relativo a la “financiación mayoritaria por el Estado” exige una relación de causalidad directa entre dicha financiación y el Estado. Este enfoque hace referencia únicamente al origen estatal o a la procedencia de los fondos, es decir, si proceden del presupuesto del Estado, y no tiene en cuenta que la sujeción de los consumidores al canon se basa en un texto reglamentario ni que el cobro de este canon se efectúa por medio de una transferencia de prerrogativas de poder público. Conforme a este primer enfoque, la financiación estatal directa debe permitir también al Estado o a otros poderes públicos ejercer una influencia concreta sobre los distintos procedimientos de adjudicación de contratos de la entidad financiada.

Conforme a otra corriente jurisprudencial y doctrinal, a la que se adhiere el órgano jurisdiccional remitente, la existencia de una base legal que obliga a los particulares a pagar el canon es suficiente para considerar que se cumple el requisito relativo a la “financiación por el Estado” de la actividad de los organismos de radiodifusión examinados en el asunto principal. Desde esta perspectiva, las normas comunitarias en materia de ejecución de contratos públicos son aplicables a estos organismos, que se financian mediante el canon obligatorio y que, por tanto, no están sujetos a las leyes del mercado. Por otra parte, siempre de acuerdo con esta corriente, la obligación constitucional de neutralidad del Estado respecto a la gestión y la programación de estos organismos, no requiere que los contratos públicos de éstos sin relación con sus misiones principales no estén sometidos a las normas comunitarias.

Habida cuenta de estas consideraciones, el Oberlandesgericht Dusseldorf decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Debe interpretarse que el requisito del artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), primera alternativa, de la Directiva 2004/18 abarca, dentro de la ‘financiación por el Estado’, la efectuada de manera indirecta a ciertos organismos con el pago de cánones por las personas que poseen receptores de radiodifusión, teniendo en cuenta el imperativo constitucional de que el Estado garantice la independencia de los medios económicos y la existencia de esas entidades?”

“2) Si la respuesta a la primera cuestión prejudicial fuera afirmativa, ¿debe interpretarse que el artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), primera alternativa, de la Directiva 2004/18, exige para que concurra la ‘financiación por el Estado’ una influencia pública directa en la adjudicación de contratos por el organismo que financia?”

“3) Si la respuesta a la segunda cuestión prejudicial fuera negativa, ¿debe interpretarse el artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2004/18, a la luz del artículo 16, letra b) [de esta Directiva], en el sentido de que sólo excluye de su ámbito de aplicación los servicios mencionados en esta última disposición e incluye otros servicios de carácter accesorio y auxiliar que no sean específicos de la programación (argumento a contrario)?”

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El TJCE afirma:

“que, aunque el régimen alemán de financiación de los organismos públicos de radiodifusión excluye por principio que los poderes públicos puedan ejercer influencia política alguna

sobre dichos organismos, esta circunstancia no basta para justificar que el presente asunto se examine únicamente desde el ángulo de la imposibilidad, por definición, del ejercicio de tal influencia por parte del Estado. A efectos de la interpretación y de la aplicación uniformes del Derecho comunitario, así como de la consecución de los objetivos del Tratado de la CE, el Tribunal de Justicia debe, en efecto, tener en cuenta igualmente otras consideraciones como la libertad de circulación y la apertura del mercado.”

A) Sobre la primera cuestión

Mediante esta cuestión, se pide al Tribunal de Justicia que interprete el concepto de “financiación mayoritaria por el Estado” o por otra entidad pública, incluido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, primera alternativa, de la Directiva 92/50, cuando las actividades de unos organismos públicos de radiodifusión como los examinados en el asunto principal se financian mayoritariamente mediante un canon impuesto, calculado y percibido según normas como las examinadas.

Para interpretar el concepto de “financiación por el Estado” o por otras entidades públicas, el TJCE establece que:

“es preciso referirse al objetivo de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos, tal como se recoge en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.” (Fundamento jurídico 35)

Que consiste en excluir:

“que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos efectuada por las entidades adjudicadoras como la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico (sentencia *University of Cambridge* [TJCE 2000, 228], antes citada, apartado 17, y la jurisprudencia citada).” (Fundamento jurídico 36)

La financiación de los organismos públicos de radiodifusión debe evaluarse a la luz de estos objetivos y en función de estos criterios, lo que implica, dice el TJCE:

“que el concepto de ‘financiación por el Estado’ ha de recibir también una interpretación funcional.” (Fundamento jurídico 40)

El Tribunal examina el canon y la naturaleza jurídica de los organismos de radiodifusión y destaca que:

–El canon que garantiza la financiación mayoritaria de la actividad de los organismos de que se trata tiene su origen en el Convenio Estatal sobre la Radiodifusión, es decir, en un acto del Estado.

–Está previsto y se impone por ley.

–El hecho generador de la obligación de pago del canon es la simple posesión de un aparato receptor y no es la contrapartida del disfrute efectivo de los servicios prestados por los organismos en cuestión.

–La fijación del importe del canon tampoco es el fruto de una relación contractual, se establece mediante una decisión formal de los parlamentos y los gobiernos de los *Länder*.

–El cobro del canon es efectuado por la GEZ, y en caso de demora en el pago las notificaciones de deuda son objeto de un procedimiento de ejecución en vía administrativa.

–Los organismos en cuestión gozan a este respecto de prerrogativas de poder público.

–Los recursos atribuidos por canon a dichos organismos se conceden sin contraprestación específica.

A la luz del enfoque funcional el TJCE destaca la opinión de la Comisión de las Comunidades Europeas en el sentido que:

“no puede haber una diferente apreciación según que los medios financieros circulen a través del presupuesto público, cuando el Estado percibe en primer lugar el canon y luego pone a disposición de los organismos públicos de radiodifusión los

ingresos procedentes de dicho canon, o que el Estado conceda a dichos organismos el derecho de percibir el canon por sí mismos.” (Fundamento jurídico 47)

Concluye:

“una financiación como la analizada en el asunto principal, que tiene su origen en un acto del Estado, está garantizada por el Estado y asegurada mediante una modalidad de imposición y recaudación incluida dentro de las prerrogativas de poder público, cumple el requisito de ‘financiación por el Estado’, a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos.” (Fundamento jurídico 48)

La respuesta a la primera cuestión planteada es que:

“el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, primera alternativa, de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que existe una financiación mayoritaria por el Estado cuando las actividades de organismos públicos de radiodifusión como los examinados en el asunto principal están mayoritariamente financiadas mediante un canon a cargo de los poseedores de un aparato receptor, impuesto, calculado y percibido según normas como las consideradas en el asunto principal.”

B) Sobre la segunda cuestión

La segunda cuestión se refiere a que, en caso de financiación de un organismo público de radiodifusión según las modalidades expuestas, si el requisito relativo a la “financiación por el Estado” exige una influencia pública directa del Estado o de otros poderes públicos en la adjudicación de un contrato como el que se discute en el asunto principal por parte de tal organismo.

EL TJCE responderá que ese requisito relativo a la “financiación por el Estado” no exige la influencia directa del Estado o de otros poderes públicos en la adjudicación, por tales organismos, de un contrato como el que se discute en el asunto principal.

Los motivos son:

–El texto de la Directiva no exige, para que se cumpla el requisito de la “financiación por el Estado”, una influencia directa del Estado, o de otra entidad pública, en el procedimiento de adjudicación de un contrato público determinado. (Fundamento jurídico 52)

–El criterio de dependencia de un organismo en relación con los poderes públicos, desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se plantea únicamente en lo que atañe a la adjudicación de los contratos que no tienen ninguna relación con el cumplimiento de la misión de servicio público propiamente dicha de estos organismos, tal como garantiza la Constitución alemana, esto es, la creación y la realización de programas. El contrato examinado en el asunto principal no se refiere a esta función propia de dichos órganos. (Fundamentos jurídicos 53 y 54)

–Esta dependencia en sentido amplio no excluye el riesgo, ante la inobservancia de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, de que los organismos de radiodifusión de que se trata en el asunto principal se guíen por consideraciones que no tengan carácter económico, en particular, favoreciendo a los licitadores o candidatos nacionales. Dichos organismos pueden tener tal actitud sin contravenir las exigencias previstas por la Constitución alemana, que no la prohíbe. (Fundamento jurídico 56)

C) Sobre la tercera cuestión

Sobre la tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 1, letra a), inciso iv), de la Directiva 92/50 debe interpretarse, a la luz del artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de esta Directiva, en el sentido de que sólo los contratos públicos relativos a los servicios a los que se refiere esta primera disposición están excluidos del ámbito de aplicación de dicha Directiva.

La respuesta del TJCE es positiva.

En primer lugar el Tribunal recuerda que:

“el artículo 1, letra a), inciso iv), de la Directiva 92/50, establece que esta Directiva no se aplica a los contratos públicos que tienen por objeto los servicios relativos a la función propia de los organismos de radiodifusión, a saber, la creación y la realización de programas, por razones de tipo cultural y social mencionadas en el undécimo considerando de la Directiva 92/50 y, de manera más explícita, en el vigésimo quinto considerando de la Directiva 2004/18 (LCEur 2004, 1837), que hacen inadecuada tal aplicación. Esta disposición, como da a entender el Abogado General en el punto 80 de sus conclusiones, refleja el mismo propósito que el expresado en la Constitución alemana, es decir, garantizar el cumplimiento de la misión de servicio público de los organismos públicos de radiodifusión con total independencia e imparcialidad.” (Fundamentos jurídicos 62 y 63)

Para después afirmar que:

“la disposición de que se trata constituye una excepción al objetivo principal de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, según se señala en el apartado 39 de la presente sentencia, a saber, la libre circulación de los servicios y la mayor apertura posible a la competencia, debe ser objeto de interpretación restrictiva. Por tanto, sólo están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 los contratos públicos que tienen por objeto los servicios citados en el artículo 1, letra a), inciso iv), de esta Directiva. En cambio, están plenamente sometidos a las normas comunitarias los contratos públicos de servicios sin relación con las actividades que forman parte del cumplimiento de la misión de servicio público propiamente dicha de los organismos públicos de radiodifusión.” (Fundamento jurídico 64)

No obstante, el Tribunal precisa que:

“estas consideraciones sólo han de aplicarse si, en un caso concreto, se trata de un contrato adjudicado por un organismo considerado ‘entidad adjudicadora’ en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50.” (Fundamento jurídico 66)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1º. El artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, primera alternativa, 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, debe interpretarse en el sentido de que existe una financiación mayoritaria por el Estado cuando las actividades de organismos públicos de radiodifusión como los examinados en el asunto principal están financiadas mayoritariamente mediante un canon a cargo de los poseedores de un aparato receptor, impuesto, calculado y percibido según normas como las consideradas en el asunto principal.

2º. El artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, primera alternativa, de la Directiva 92/50 (LCEur 1992, 2431) debe interpretarse en el sentido de que, en caso de financiación de las actividades de organismos públicos de radiodifusión como los considerados en el asunto principal según las modalidades expuestas en el marco del examen de la primera cuestión prejudicial, el requisito relativo a la “financiación por el Estado” no exige la influencia directa del Estado o de otros poderes públicos en la adjudicación, por tales organismos, de un contrato como el que se discute en el asunto principal.

3º. El artículo 1, letra a), inciso iv), de la Directiva 92/50 (LCEur 1992, 2431) debe interpretarse en el sentido de que, en virtud de esta disposición, sólo los contratos públicos relativos a los servicios citados en esta disposición están excluidos del ámbito de aplicación de dicha Directiva.

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

1. Régimen jurídico, procedimiento administrativo y contencioso-administrativo

Tribunal Supremo. Criterios para determinar la necesidad de que la parte demandante examine la documentación confidencial que forma parte del expediente administrativo, para garantizar el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva en el procedimiento contencioso-administrativo

SUPUESTO DE HECHO

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional –Sección Octava– dictó una sentencia, en fecha 24 de noviembre de 2004, desestimatoria del recurso promovido por la entidad Avances en Telefonía, SL contra una resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 16 de enero de 2003, por la que se permitió a Telefónica Móviles España, SA suspender definitivamente la interconexión que permite el encaminamiento de las llamadas con origen en las tarjetas prepago Movistar Activa y con destino en determinados números 906.

El fondo del asunto, que no se ponderará por el Tribunal Supremo, se refiere a un presunto uso fraudulento del pack de Movistar Activa y la decisión de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones pretende interrumpir llamadas a números que prestan servicios meramente ficticios o aparentes, sin contenido alguno.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil Avances en Telefonía, SL, casa la sentencia impugnada y ordena la retroacción de actuaciones.

El recurso de casación en aquello que interesa al fallo de la sentencia se basa en la infracción de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales. Se solicita en el recurso que se case y anule la sentencia impugnada, mandando reponer las actuaciones al estado y momento en que se encontraban cuando se cometió la infracción procesal denunciada y no se facilitó a la recurrente una copia completa del expediente administrativo con carácter previo a la formalización de la demanda, ordenando que se le dé completo traslado del mismo con concesión del plazo restante para interponer una nueva demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El primer motivo de casación, quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, se fundamenta en el hecho de que no se facilitó al demandante el expediente administrativo completo. En concreto, los documentos números 1, 2 y 3 de la ampliación del expediente, sólo se le permitió examinarlos, sin poder tomar nota acerca del contenido de los mismos.

El Tribunal Supremo hace referencia al fondo del asunto:

“En el caso presente se está discutiendo la realidad de una práctica consistente en la disgregación de los componentes de los Packs Movistar Activa, mediante el desbloqueo del SIM-LOCK manipulando ilícitamente el software del terminal y vaciando el crédito de la tarjeta prepago en un número 906 de tarificación adicional, del que es titular la recurrente.

“Con base en tal irregular conducta que se le imputa, se consideró legítima la actuación de Telefónica Móviles España, SAU de desconectar su red con la de Telefónica de España, SAU, no dando curso a las llamadas a los números 906513592 y 906422769.”

La resolución administrativa que es objeto de impugnación se fundó en unos concretos documentos en los que constan las llamadas al núm. 906513592 y al núm. 906422769.

El Tribunal Supremo afirma:

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 1290/2005

FECHA: 12 de diciembre de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. Óscar González González

DEMANDANTE: Entidad mercantil

DEMANDADO: Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24 de la CE y 52.1 de la LJ

DOCTRINA: Es carga de la parte que reclama la entrega no sólo indicar que los documentos reclamados forman parte integrante del expediente administrativo, sino argumentar que el proceso de razonamiento técnico-jurídico que condujo a la decisión administrativa no pudo ser fiscalizado con el solo examen de la documentación no confidencial, sino que requiere forzosamente del estudio de la documentación protegida, más concretamente, de cada uno de los documentos cuya entrega se reclama.

Si las razones suministradas a tal efecto revisten suficiente vigor desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el levantamiento de la confidencialidad será jurídicamente obligado.

Por el contrario, si no se expone de forma satisfactoria la necesidad de acceso al material confidencial habrá de prevalecer el amparo que el ordenamiento presta a la confidencialidad.

“Esos documentos, pese a acompañarse como confidenciales por TME, no consta que hayan sido declarados tales por la CMT. Sin embargo, la sala de instancia por providencia de 4 de noviembre de 2003 acordó solo la exhibición de dichos documentos, haciendo constar que únicamente podrán ser examinados, sin poder tomar nota acerca del contenido de los mismos.”

El Tribunal Supremo considera infringido el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española en relación con el artículo 52.1 de la Ley jurisdiccional, ya que:

“es indudable que el mero examen de esos documentos no permite tomar conciencia clara de su contenido dada su configuración numérica, que impide su retención en la memoria. En efecto, se contienen en ellos los datos del fraude, número de llamadas, datos de IMEI, datos de duración, datos de tarjeta, datos de costes de interconexión, fraude activa 9064, fecha de las llamadas, etc., en continua relación de números, costes, porcentajes y fechas de difícil asimilación instantánea. La falta de conocimiento de estos documentos ha impedido al actor formular de

forma adecuada su demanda, negándosele la posibilidad de contradecir los datos que figuran en ellos, mediante la presentación de pruebas contradictorias, o mediante alegaciones que desvirtuaran los indicados elementos fácticos, con infracción del artículo 52 de la Ley jurisdiccional.”

La estimación del recurso se fundamenta en los argumentos de carácter general establecidos por el Tribunal Supremo en el auto de 5 de octubre de 2006, que establece:

“es carga de la parte que reclama la entrega no sólo indicar que los documentos reclamados forman parte integrante del expediente administrativo (lo que va de suyo y no deja de ser una afirmación tautológica), sino argumentar que el proceso de razonamiento técnico jurídico que condujo a la decisión administrativa no pudo ser fiscalizado con el solo examen de la documentación no confidencial sino que requiere forzosamente del

estudio de la documentación protegida, más concretamente, de cada uno de los documentos cuya entrega se reclama. Si las razones suministradas a tal efecto revisten suficiente vigor desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el levantamiento de la confidencialidad será jurídicamente obligado. Por el contrario, si no se expone de forma satisfactoria la necesidad de acceso al material confidencial, habrá de prevalecer el amparo que el ordenamiento presta a la confidencialidad.”

En el caso concreto, el Tribunal Supremo considera que el derecho a la tutela tiene en este caso supremacía sobre el derecho a la confidencialidad, y estima el recurso “debiendo devolverse las actuaciones a la sala de instancia para que se proceda a la entrega íntegra del expediente inicial y el ampliado, en orden a la formulación de la demanda”.

Tribunal Superior de Justicia de Murcia. El cómputo inicial para la impugnación prevista en el artículo 44.2 de la LJCA es la fecha de publicación cuando la norma o disposición que se va a recurrir es objeto de publicación en boletines. En el caso de un acto no publicado el plazo se inicia cuando la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad

SUPUESTO DE HECHO

La Administración General del Estado formula un recurso contencioso-administrativo contra la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transporte, de 20 de febrero de 2003, por la que se aprobó definitivamente la revisión de la adaptación del Plan general de ordenación urbana de Águilas.

Se solicita que se anule el acto administrativo y se ordene que se retrotraiga el expediente hasta el momento procedimental en el que se deberían haber solicitado en forma el preceptivo y vinculante informe de la Demarcación de Costas del Estado en Murcia.

La Administración alega la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, por haber sido interpuesto extemporáneamente.

El Tribunal inadmite el recurso por extemporáneo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La petición de inadmisibilidad se razona del siguiente modo:

La Orden impugnada está fechada el 22 de febrero de 2003, y fue publicada en el BORM el 22 de marzo de 2003. Por tanto, el 22 de mayo finalizaba el plazo bien para formular el requerimiento frente a la Administración, de que habla el artículo 44.1 de la LJCA, bien el recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, el requerimiento a la Administración regional por parte del Ministerio de Medio Ambiente se formuló en escrito fechado el 15 de julio de 2003, recibido en la consejería correspondiente el 28 de julio de 2003 (folio 139 y siguientes del expediente administrativo).

La oposición del Abogado del Estado tiene el fundamento siguiente:

Alega que la documentación completa fue remitida a la Demarcación de Costas del Estado en Murcia el 16 de mayo de 2003, siendo éste el momento inicial del cómputo del plazo para recurrir, pues fue a partir de esta fecha cuando la Administración del Estado pudo conocer el contenido de los instrumentos urbanísticos aprobados, y, por tanto, si se había infringido o no la Ley de costas. Como el requerimiento fue efectuado el 15 de julio de 2003, dentro del plazo establecido en el citado artículo 44.2 de la LJCA, entendiéndose rechazado el 15 de agosto de 2003, cuando se presentó el recurso contencioso-administrativo el 13 de octubre de 2002, estaba dentro del plazo de los dos meses establecido.

El Tribunal Superior de Justicia razona que:

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 2782/2003

FECHA: 1 de octubre de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. Mariano Espinosa de Rueda Jover

DEMANDANTE: Administración General del Estado
DEMANDADO: Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y Ayuntamiento de Águilas

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 44 y 46 de la LJCA

DOCTRINA: El cómputo inicial para la impugnación prevista en el artículo 44.2 de la LJCA es la fecha de publicación cuando la norma o disposición que se va a recurrir es objeto de publicación en boletines. En el caso de un acto no publicado el plazo se inicia cuando la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad.

Falta en el artículo 44 de la LJCA una previsión como la contenida en el artículo 64 de la LBRL (nueva redacción dada por la Ley 11/1999), sobre la posibilidad de solicitar una ampliación de información con interrupción del plazo para formular el requerimiento de que hablan los artículos 65.2 y 67.1 de la LBRL, y a falta de dicha previsión es arriesgado mantener esa misma posibilidad en el ámbito de aplicación del artículo 44 de la LJCA, cuando este precepto parte de la base de la existencia de un régimen jurídico diverso del contemplado en el ámbito local.

“El requerimiento que se regula en el artículo 44 se configura como una vía administrativa previa al proceso contencioso-administrativo, de carácter potestativa, y en el caso de que se formule

ha de cumplir una serie de requisitos que resultan de la letra del propio artículo 44, y de la finalidad de su establecimiento. En cuanto al plazo en que puede formularse el requerimiento, en el artículo 44.2 se señala que es de dos meses, advirtiendo que se contarán desde la publicación de la norma o desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad. La formulación del requerimiento produce un efecto inmediato que es la paralización del cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo por parte de la Administración requirente, y si se formula, el plazo de interposición de dicho recurso se contará desde el día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado (artículo 46.6 de la LJCA). Como el plazo para formular el requerimiento es el mismo que el establecido para formular el recurso directamente, si no se formula oportunamente el requerimiento o se interpone el recurso en plazo, la actuación administrativa contemplada devendrá en inimpugnable.”

El Tribunal Superior de Justicia compara la regulación de la LJ y de la LBRL y señala:

“Falta en el artículo 44 de la LJCA una previsión como la contenida en el artículo 64 de la LBRL (nueva redacción dada por la Ley 11/1999), sobre la posibilidad de solicitar una ampliación de información con interrupción del plazo para formular el requerimiento de que habla el artículo 65.2 y 67.1 de la LBRL, y a falta de dicha previsión es arriesgado mantener esa misma posibilidad en el ámbito de aplicación del artículo 44 de la LJCA, cuando este precepto parte de la base de la existencia de un régimen jurídico diverso del contemplado en el ámbito local.”

Para resolver la cuestión distingue entre normas y disposiciones publicadas y actos no publicados. El Tribunal Superior de Justicia establece:

“A efectos de cómputo de los plazos, no es lo mismo impugnar una norma o disposición precisada de publicación en boletines oficiales, que un acto, actividad o inactividad, que no se publica y de los que se puede tener conocimiento mediante notificaciones expresas dirigidas a los destinatarios o interesados, aunque también se puede tener conocimiento por otros medios, lo que puede complicar la cuestión.

“Sin embargo, el cómputo inicial para la impugnación es incuestionable cuando la norma o disposición que se va a recurrir es objeto de publicación en boletines, como sucede en el presente caso, ya que del tenor literal del artículo 44.2 de la LJCA, que es el precepto directamente aplicable, se desprende inequívocamente que el plazo comienza a computarse a partir de la publicación.”

En el caso de un acto no publicado, el Tribunal Superior de Justicia afirma que:

“el plazo se iniciaría desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad.”

Proyectado todo ello sobre el caso examinado, concluye:

“Reconoce la Administración –en el requerimiento que formuló–, que conocía la aprobación de la revisión-adaptación del PGOU, como documento refundido, por el *Boletín Oficial de la Región de Murcia* de 22 de marzo de 2003, que publicaba la orden resolutoria del consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes aprobándolo. Y a partir de ese momento ya estaba en condiciones de conocer el vicio esencial que denunciaba, cual era la omisión de la solicitud de los informes preceptivos del departamento ministerial, previstos en los artículos 112 y 117 de la Ley de costas, y ello independiente de las vulneraciones concretas contra la normativa de costas (no identificación del deslinde de dominio público marítimo-terrestre, fijación de alineaciones en suelos urbanos afectados por la servidumbre de protección contrariando la normativa de costas, condiciones de ubicación de la edificación de la edificación abierta, etc.).

“La denuncia de la falta de los preceptivos y vinculantes informes, que es el motivo de nulidad en el que se basa esencialmente la argumentación de la Abogacía del Estado, se podía hacer sin necesidad de conocer los datos posteriores que fueron objeto de subsanación, permitiendo efectuar el requerimiento a partir de la publicación en el boletín de la revisión impugnada.

“Por tanto la sala llega a la conclusión de que la inadmisibilidad por extemporaneidad alegada por la Administración regional, a la que se adhiere la corporación local codemandada, tiene suficiente fundamento para ser acogida.”

Por todo ello procede inadmitir el recurso contencioso-administrativo formulado.

2. Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas

Tribunal Supremo. A pesar que el artículo 41 de la LRSV 1998 se refiere a la modificación o revisión del planeamiento, para que puedan dar lugar a indemnización a cargo de la Administración urbanística, es requisito imprescindible que el aprovechamiento se haya materializado en virtud de la aprobación definitiva de un instrumento idóneo que permita conocer cuál sea el que corresponde al propietario, del que se ve privado por esa modificación o revisión, para lo que resulta necesaria la aprobación definitiva del correspondiente plan parcial o equivalente

SUPUESTO DE HECHO

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó un auto el 9 de junio de 2004, por el que se declaraba la imposibilidad de cumplir una sentencia de la misma sala dictada el 20 de noviembre de 1991 y confirmada en apelación por sentencia de esta sala del Tribunal Supremo, de fecha 14 de octubre de 1998.

Estas sentencias declararon contraria a derecho y anularon la clasificación de unos terrenos como suelo no urbanizable especialmente protegido con la consiguiente clasificación de los mismos como suelo urbanizable.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª.
Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 2911/2005
FECHA: 12 de diciembre de 2007
PONENTE: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate
DEMANDANTE: Entidad mercantil y particulares
DEMANDADO: Comunidad Autónoma de Madrid y Ayuntamiento de Torreledones

La imposibilidad legal de ejecutar la sentencia es consecuencia de que la Ley autonómica 20/1999, de 3 de mayo, incluye los terrenos en el Parque Regional del Curso Medio del Guadarrama y su entorno con la clasificación de suelo no urbanizable de especial protección.

Esta declaración es anterior a la presentación por los recurrentes del proyecto de plan parcial para su aprobación.

El recurso de casación se formula por la empresa promotora y diversos propietarios por no haber reconocido el auto el derecho a ser indemnizados los recurrentes por:

a) La pérdida de aprovechamiento urbanístico, que cifran en 24.350.727 euros.

b) Los gastos del proceso seguido hasta obtener el pronunciamiento favorable a su pretensión.

c) La compensación económica por la transmisión de la finca denominada Palacio del Antiguo Casino, entregada al Ayuntamiento de Torrelodones en virtud del convenio celebrado por éste con los propietarios de los terrenos el 12 de enero de 1985, que determinó la autorización el 7 de agosto de 1985 al Ayuntamiento para usar provisionalmente la mencionada finca, en la que el Ayuntamiento de Torrelodones construyó un edificio de nueva planta después de haberse demolido el anteriormente existente, destinado en la actualidad a Casa de la Cultura. El convenio establecía la cesión como contraprestación de la clasificación de los terrenos como urbanizables y permitía la realización de obras una vez firmado, pero con la condición que si no se obtenía la clasificación como suelo urbanizable de los terrenos, las obras pasarían a ser propiedad de los cedentes, propietarios en aquel momento del inmueble.

En el recurso de casación comparecen, como recurridos, la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid y el Ayuntamiento de Torrelodones.

El Tribunal Supremo estima el recurso parcialmente y reconoce el derecho a ser indemnizados los recurrentes por los conceptos reseñados en los apartados b) y c).

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La motivación de la denegación de indemnización se establece en el fundamento jurídico tercero del auto recurrido, que establece:

“Ninguna de las [...] valoraciones vinculan a esta sala, toda vez que en todas las realizadas, incluida la pericial judicial, se incluyen una serie de parámetros y conceptos que no pueden ser objeto de indemnización alguna porque se están contemplando una serie de perjuicios que no se han producido de forma real y efectiva y que entran dentro del concepto de meras expectativas que no producen obligación indemnizatoria alguna.

“[...] los ejecutantes, fueron solo titulares de una mera expectativa sin haber perdido lo que nunca tuvieron, es decir, aprovechamiento urbanístico patrimonializado.

“[...] El Tribunal Supremo en sentencias de fechas 23 de abril de 1983 (RJ 1983, 2192), 28 de junio de 1983 (RJ 1983, 3664), 9 de abril de 1985 (RJ 1985, 1752), 12 de mayo de 1987, 24 de abril de 1992, 26 de enero de 1993 (RJ 1993, 451), 4 de marzo de 1992 (RJ 1992, 3221) y 9 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1781), entre otras muchas, exige para que pueda derivarse responsabilidad patrimonial y, por tanto, derecho a indemnización de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley de régimen del suelo y ordenación urbana de 1976, sustituido por el actual artículo 41 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, cuando se ha producido un cambio de ordenación, que se acredite la existencia de derechos consolidados, lo cual requiere que concurren algunas de los siguientes presupuestos:

“a) Cuando exista un plazo de ejecución del planeamiento modificado no precluido o se ha producido el transcurso de este sin ejecución del planeamiento por causas imputables a la Administración.

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 105.2 de la LJ; artículo 18.2 de la Ley orgánica del poder judicial; artículo 139.3 de la LRJPAC, y artículo 41.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones

DOCTRINA: A pesar que el artículo 41 de la LRSV 1998 se refiere de manera genérica a la modificación o revisión del planeamiento, para que puedan dar lugar a indemnización a cargo de la Administración urbanística, es requisito imprescindible que el aprovechamiento se haya materializado en virtud de la aprobación definitiva de un instrumento idóneo que permita conocer cuál sea el que corresponde al propietario, del que se ve privado por esa modificación o revisión, para lo que resulta necesaria la aprobación definitiva del correspondiente plan parcial o equivalente.

Resultan resarcibles los costes del pleito con independencia de que no fuese procedente en su momento la condena en costas, cuando no han podido ejecutar una sentencia por haberse declarado dicha ejecución imposible a consecuencia de la promulgación de una ley aprobada por la Asamblea Legislativa de la Comunidad de Madrid.

Debe indemnizarse por la cesión de un inmueble en un convenio urbanístico que se realiza como contraprestación de una recalificación que finalmente no llega a realizarse.

“b) Cuando el plan parcial se encuentra en fase final de realización y la modificación afecta a propietarios que han cumplido las obligaciones y cargas urbanísticas que les imponía la anterior ordenación.

“c) Cuando el cambio de calificación del suelo respecto de una finca individualizada comporta que sólo sea factible por la imposibilidad de integrarla en un polígono.

“Ninguno de los anteriores supuestos concurre en el Sector 11 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Torrelodones, toda vez que ni cuando se dictó la sentencia cuya ejecución se pretende, ni con posterioridad a la misma, los ejecutantes habían llevado a cabo gestión urbanística alguna, por lo que solo eran titulares de un presunto derecho a urbanizar, como mera expectativa, si la clasificación del suelo como urbanizable, se hubiera mantenido durante un cierto período de tiempo, lo cual, como ya hemos señalado, no ocurrió por mor de la Ley 20/1999, de 3 de mayo. De facto, como reconocen los propios ejecutantes, presentaron el Plan parcial para el desarrollo del Sector 11 ante el Ayuntamiento de Torrelodones, en fecha 27 de julio de 2001, es decir, vigente ya la Ley 20/1999, de 3 de mayo, y la Ley 4/2001, de 28 de junio, que establecieron definitivamente la clasificación de ‘suelo no urbanizable protegido’ para dicho Sector 11.

“Por ello, sin la existencia tan siquiera de un plan parcial vigente, es imposible patrimonializar derecho urbanístico alguno, por cuanto ninguna gestión urbanística patrimonial habían realizado los ejecutantes.

“Por tanto, entiende la aala que no se ha producido responsabilidad patrimonial alguna de la Administración que dé lugar a la correspondiente indemnización procediendo desestimar las pretensiones deducidas en el presente incidente de ejecución de sentencia, en el que no puede, además, la sala entrar a analizar las cuestiones nuevas introducidas por la sociedad Imronda, SA por no

guardar relación alguna con la sentencia de fecha 20 de noviembre de 1991 ni ser esta jurisdicción la competente para resolverlas.”

Las diversas partes recurrentes formulan diversos motivos de casación.

El Tribunal Supremo desestima los motivos alegados con fundamento en el artículo 87.1.c) de la LJ (que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia que se trata de ejecutar, o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta) y en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación o motivación incoherente.

El Tribunal Supremo afirma que los motivos “basados en la infracción de las reglas para pronunciar los autos, son desestimables, pues la sala de instancia, en síntesis, ha denegado cualquier clase de indemnización porque los solicitantes de la misma carecían de derechos urbanísticos consolidados y ostentaban meras expectativas, mientras que la imposibilidad de ejecutar la sentencia en forma específica no vino determinada por actos de las administraciones demandadas sino de una norma con rango de ley emanada del legislador autonómico, y, en cuanto al resto de las pretensiones, considera que no puede entrar a analizarlas porque no guardan relación alguna con la sentencia de fecha 20 de noviembre de 1991 y no es a la jurisdicción contencioso-administrativa a la que corresponde resolverlas”.

El Tribunal Supremo, en cuanto a los motivos de fondo relativos al no-reconocimiento de indemnización alguna por la imposibilidad de ejecutar la sentencia, adopta como punto de partida de su razonamiento que lo dispuesto en los artículos 105.2 de la LJ y 18.2 de la Ley orgánica del poder judicial:

“no parece compatible con la denegación de cualquier reparación, como lo ha dispuesto la sala de instancia, a pesar de haber obtenido un pronunciamiento favorable en sentencia firme, cuyo cumplimiento o ejecución no ha sido posible debido a la promulgación de una ley, cuando es la propia Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común 30/1992 la que contempla en su artículo 139.3 la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria.”

La cuestión, según el Tribunal Supremo, está en determinar los perjuicios que, como consecuencia de la promulgación de dicha ley y la consiguiente declaración de inejecución de la sentencia, han sufrido los interesados en la ejecución de ésta. Los posibles perjuicios solicitados son:

a) La pérdida de aprovechamiento urbanístico, que cifran en 24.350.727 euros.

b) Los gastos del proceso seguido hasta obtener el pronunciamiento favorable a su pretensión.

c) La compensación económica por la transmisión de la finca denominada Palacio del Antiguo Casino, entregada al Ayuntamiento de Torrelodones en virtud del convenio celebrado por éste con los propietarios de los terrenos el 12 de enero de 1985, que determinó la autorización el 7 de agosto de 1985 al Ayuntamiento para usar provisionalmente la mencionada finca, en la que el Ayuntamiento de Torrelodones construyó un edificio de nueva planta después de haberse demolido el anteriormente existente, destinado, en la actualidad a Casa de la Cultura. El convenio establecía la cesión como contraprestación de la clasificación de los terrenos como urbanizables y permitía la realización de obras una vez firmado, pero con la condición que si no se obtenía la clasificación como suelo urbanizable de los terrenos, las obras pasarían a ser propiedad de los cedentes, propietarios en aquel momento del inmueble.

A) Pérdida del aprovechamiento urbanístico

La sala de instancia lo rechazó, dice el Tribunal Supremo, por entender que dicho aprovechamiento no resultaba indemnizable

al no haber sido patrimonializado por no haberse aprobado plan parcial alguno, ni haberse realizado por los interesados cualquier gestión urbanística antes de ser los terrenos clasificados por ley como no urbanizables de especial protección, de manera que carecían de derecho alguno pues sólo tuvieron expectativas.

El Tribunal Supremo ratifica la decisión de la sala de instancia y afirma:

“que el suelo de su propiedad tuviese la clasificación de urbanizable no les confiere otro derecho que a proceder a su ulterior desarrollo urbanístico para transformarlo en urbano, pero, mientras no se materialice ese proceso de transformación mediante la aprobación de los correspondientes instrumentos de desarrollo, no han patrimonializado derecho urbanístico alguno tanto en el sistema contemplado en el artículo 87.2 del Texto refundido de la Ley del suelo de 1976 como en el establecido por el artículo 41 de la Ley 6/1998, de 13 de julio, sobre régimen del suelo y valoraciones.”

La cuestión clave, relativa a la posibilidad o no de aplicar los artículos 87 de la LS 1976 y 41 de la LRSV 1998 cuando no existe planeamiento de desarrollo aprobado, la resuelve el Tribunal Supremo con cita de su propia doctrina:

“Hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre tal cuestión en nuestras sentencias de fechas 12 de abril de 2006 (recurso de casación 228/2003 [RJ 2006, 3025]) y 2 de noviembre de 2006 (recurso de casación 3307/2003 [RJ 2006, 9431]), en las que hemos declarado que, si bien es cierto que el apartado segundo del artículo 87 del Texto refundido de la Ley del suelo de 1976 aludía a la modificación o revisión de la ordenación de los terrenos y construcciones establecida por los planes parciales, planes especiales o programas de actuación urbanística, mientras que el citado artículo 41 de la Ley 6/1998, de régimen del suelo y valoraciones, contempla, sin más, la modificación o revisión del planeamiento, no es menos cierto que, para que éstas puedan dar lugar a indemnización a cargo de la Administración urbanística, es requisito imprescindible que el aprovechamiento se haya materializado en virtud de la aprobación definitiva de un instrumento idóneo que permita conocer cuál sea el que corresponde al propietario, del que se ve privado por esa modificación o revisión, para lo que resulta necesaria la aprobación definitiva del correspondiente Plan Parcial o equivalente, pues la patrimonialización del aprovechamiento urbanístico se concreta a través del pertinente instrumento que lo haga efectivo, lo que no sucedió porque, cuando se presentó para su tramitación y aprobación el plan parcial, la Ley había clasificado el terreno en cuestión como no urbanizable de especial protección, de manera que los solicitantes de la indemnización por la desaparición del aprovechamiento del suelo, como acertadamente lo consideró el tribunal *a quo*, carecen de derecho a ella por tal concepto, pues, si bien los terrenos de su propiedad tuvieron la posibilidad de obtener un aprovechamiento urbanístico, éste no llegó realmente a materializarse, según lo entendimos también en nuestras aludidas sentencias, razón por la que las resoluciones recurridas no contradicen lo ejecutado al denegar indemnización por la pérdida de aprovechamiento urbanístico.”

B) Los costes del proceso

El Tribunal Supremo recuerda que se sustanció un largo proceso (no puede olvidarse que la sentencia que se declara no ejecutable es de 1998 y las actuaciones revisadas en vía jurisdiccional se inician el año 1985), que ha devenido inútil para los demandantes, a pesar de que obtuvieron una sentencia estimatoria en cuanto a la clasificación del suelo, y ello como consecuencia de la decisión del legislador autonómico, que clasificó dicho suelo como no urbanizable de especial protección. Por esta razón, establece el Tribunal Supremo:

“resultan resarcibles los costes del pleito con independencia de que no fuese procedente en su momento la condena en costas, pues lo que se dirime ahora es la congrua reparación a quienes no han podido ejecutar una sentencia por haberse declarado dicha ejecución imposible a consecuencia de la promulgación de una ley aprobada por la Asamblea Legislativa de la Comunidad de Madrid, lo que hace a la Administración de esta comunidad autónoma patrimonialmente responsable por imperativo de lo establecido en el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, Administración autonómica esta que, además, dictó el acto declarado contrario a derecho y anulado por la sentencia que se trata de ejecutar, razón por la que el Ayuntamiento de Torrelodones, que, en su momento, clasificó provisionalmente el suelo como urbanizable, no viene obligado a soportar los costes del proceso, al no haber participado en la causa determinante de la inejecución de la sentencia por imposibilidad legal.”

Los costes reclamados se circunscriben exclusivamente a los honorarios del abogado, que asesoró a los demandantes en el proceso.

C) El pago del precio de la finca denominada Palacio del Antiguo Casino

La indemnización en este caso es consecuencia de que no ha sido posible dar cumplimiento a la contraprestación estipulada en aquel convenio, celebrado entre los demandantes y el Ayuntamiento, debido a que la Ley 20/1999, de 3 de mayo, clasificó los terrenos en cuestión como suelo no urbanizable de especial protección. La sala de instancia rechazó tal pretensión con el argumento, recogido en el último párrafo del fundamento jurídico tercero del auto recurrido de fecha 9 de junio de 2004, de que no se podía entrar a analizar las cuestiones nuevas introducidas por una de las partes recurrentes, por no guardar relación alguna con la sentencia de fecha 20 de noviembre de 1991 ni ser esta jurisdicción competente para ello.

El Tribunal Supremo no comparte el criterio de la sala de instancia:

“por cuanto la entrega por los demandantes de la finca, denominada Palacio del Antiguo Casino de Torrelodones, fue una cesión efectuada al Ayuntamiento de Torrelodones a cambio de conseguir la reclasificación como urbanizable del suelo de su propiedad, contraprestación que se ha frustrado al no ser posi-

ble ejecutar la sentencia en sus propios términos por imposibilidad legal una vez desclasificado el suelo, declarado urbanizable en dicha sentencia, por una Ley aprobada en la Asamblea de la Comunidad de Madrid.”

Según se declara probado en la sentencia, de cuya ejecución se trata:

“el compromiso de ceder la mentada finca se materializó a petición del propio Ayuntamiento de Torrelodones, a pesar de que la revisión de las Normas Subsidiarias no era firme y cuando, por tanto, la clasificación del suelo como urbanizable no era aun definitiva, la que, después, fue dejada sin efecto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, al estimar un recurso de reposición deducido contra aquélla, clasificación que, por el contrario, declaró procedente la sentencia firme, que no se ha podido ejecutar por la mencionada imposibilidad legal. No resulta, por consiguiente, ajena a la imposibilidad de ejecutar la sentencia la pretensión encaminada a la restitución de la finca entregada al Ayuntamiento a cambio de una contraprestación que no se ha cumplido como consecuencia de la declaración de inejecutabilidad de la sentencia, lo que justifica que se resuelva ahora lo procedente en cuanto a la restitución de la finca o al pago de la indemnización sustitutoria que solicitan los interesados.”

El Tribunal Supremo acuerda que se indemnice a abonar el precio de suelo y del valor de lo edificado porque el convenio permitía la realización de obras una vez firmado, pero con la condición que si no se obtenía la clasificación como suelo urbanizable de los terrenos, las obras pasarían a ser propiedad de los cedentes, propietarios en aquel momento del inmueble.

El Tribunal Supremo advierte que la decisión de que procede pagar la indemnización no supone:

“una decisión acerca de los derechos que todos pudieran ostentar sobre la mencionada finca y la indemnización que viene a sustituir la imposibilidad de devolverla, ya que en el convenio celebrado en su día con el Ayuntamiento de Torrelodones, que determinó la cesión de dicha finca denominada Palacio del Antiguo Casino de Torrelodones, intervino uno de los litigante en representación de los demás, y después fue otro quien autorizó al Ayuntamiento la ocupación y las obras en representación de los propietarios, sin expresar quiénes lo fuesen en esa época (7 de agosto de 1985), de manera que cualquier cuestión, que sobre la titularidad de tales derechos se pueda suscitar entre las partes, deberá ventilarse ante la jurisdicción del orden civil.”

3. Derechos fundamentales: inviolabilidad del domicilio

Tribunal Supremo. Se vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio al realizarse el servicio de limpieza viaria en las inmediaciones del domicilio del recurrente, todos los domingos, entre las 6.30 y las 8 horas, realizado mediante máquinas barredoras y baldeadoras que producen excesos sonoros, respecto a los permitidos en zona residencial que, en el exterior y en horario nocturno, es de 55 dBA de Leq y respecto de los permitidos en el interior de la vivienda por la Ordenanza de protección de medio ambiente

SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó la sentencia de 21 de noviembre de 2003, que estima el recurso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, interpuesto contra la desestimación presunta de la solicitud formulada el 30 de mayo de 2003, por el que se interesó el cese de la emisión de ruidos provocados por las labores de limpieza municipal en horario nocturno cercano al domicilio familiar.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.
Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 1204/2004
FECHA: 26 de noviembre de 2007
PONENTE: Excmo. Sr. José Díaz Delgado

La sentencia recurrida establece:

1º. La nulidad de la actuación administrativa recurrida por violar el artículo 18 de la Constitución.

2º. La obligación del Ayuntamiento de Bilbao de cese de las labores del servicio de limpieza municipal en horario nocturno mediante camión baldeadora y máquinas barredoras en las inmediaciones del domicilio del actor.

3º. La obligación de la Administración demandada a indemnizar al actor en la suma de 10.000 euros.

Los hechos que la fundamentan:

a) Que un servicio de limpieza viaria, que se realiza en las inmediaciones del domicilio del actor, se lleva a cabo todos los domingos desde las 6.30 horas hasta las 8-8.30 horas.

b) Que dicho servicio consiste en la limpieza viaria mediante máquinas barredoras (que producen ruido con su sistema de aspiración) y, fundamentalmente, mediante un camión cisterna que permanece aparcado en la calzada y al que se acopla una manguera manejada por un operario con el agua proveniente de una cisterna del camión, que utiliza para ello un elemento mecánico que produce altos niveles sonoros.

c) Que un informe del técnico de medio ambiente municipal de 22 de enero de 2001 señala que los niveles de ruido exteriores producidos por la actividad antes indicada supera el máximo permitido en zona residencial, que, en el exterior y en horario nocturno, es de 55 dBA de Leq.

d) Que constan dos informes de la policía municipal de Bilbao de 2 de junio de 2002 y de 23 de junio de 2002 que indican que el interior de la vivienda del actor supera los límites establecidos en la Ordenanza de protección de medio ambiente como consecuencia de la actividad denunciada por el actor.

En cuanto a la indemnización solicitada, la sentencia de instancia establece:

“en vía administrativa lo que se reclamó fue la concreta suma de 10.000 euros, que se solicita subsidiariamente en el escrito de demanda y a la que habremos de ceñirnos por ser lo reclamado ante la Administración demandada. Habida cuenta de que los perjuicios se han sufrido sólo unas horas pero durante más de dos años, la sala considera ajustada y prudencial la cantidad reclamada por el actor, lo que hará que esta pretensión sea acogida por la sala.”

El Ayuntamiento de Bilbao formula un recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Supremo establece que de los hechos probados por la sentencia de instancia se desprende que:

“La sentencia recurrida no sólo está conforme con lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales de 1950, sino que es igualmente acorde con el artículo 18.1 y 2 de la Constitución (la sentencia sólo acoge la violación del derecho a la intimidad del domicilio) y con el artículo 45 de esta misma norma fundamental.

“Debe subrayarse que la competencia para la vigilancia de este derecho fundamental viene establecida por el artículo 25 de la Ley reguladora de las bases de régimen local para el municipio, todo ello en relación con lo dispuesto en los artículos 6, 36 y 37 del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, existiendo aprobada por el Ayuntamiento de Bilbao una Ordenanza de protección del medio ambiente.

“En efecto, como sostiene el fiscal en sus alegaciones, de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1990 (TEDH 1990, 4) (Caso Powell y Rainer contra el Reino Unido); 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994, 3) (Caso López Ostra contra el Reino de España); 19 de febrero de 1998 (TEDH 1998, 2) (Caso Gerra y otros contra Italia), y 16 de noviembre de

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Bilbao

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 18.1 y 2 de la CE y 25 de la LBRL

DOCTRINA: Se vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio al realizarse el servicio de limpieza viaria en las inmediaciones del domicilio del recurrente, todos los domingos, entre las 6.30 y las 8 horas, realizado mediante máquinas barredoras y baldeadoras que producen excesos sonoros, respecto a los permitidos en zona residencial que, en el exterior y en horario nocturno, es de 55 dBA de Leq y respecto de los permitidos en el interior de la vivienda por la Ordenanza de protección de medio ambiente.

Los vehículos utilizados representan un importante ahorro de agua, pero a cambio generan algo más de ruido que otros sistemas, pues se sirven de la propia transmisión del motor del vehículo. Escoger la solución más económica por las administraciones públicas no sólo es posible, sino aconsejable, pero no cuando dicha elección supone poner en riesgo la salud o la intimidad del domicilio de los ciudadanos, de tal suerte que es al Ayuntamiento, como competente, a quien corresponde compatibilizar el servicio público que presta con estos derechos fundamentales.

2004 (TEDH 2004, 68) (Caso Moreno Gómez contra España), y de la doctrina del Tribunal Constitucional, recaída en la sentencia 119/2001 (RTC 2001, 119), o la jurisprudencia de esta sala recogida en sentencia de 10 de abril de 2003 (RJ 2003, 4920) o de 29 de mayo del mismo año (RJ 2003, 5366) y las citadas por la sentencia recurrida, se llega a la conclusión del acierto de ésta, en tanto considera infringido el derecho a la intimidad del domicilio de la parte recurrida, puesto que el tribunal de instancia considera acreditada la concurrencia de un servicio de limpieza viaria en las inmediaciones del domicilio del actor, todos los domingos, entre 6.30 y 8 horas, realizado mediante máquinas barredoras y baldeadoras que se estiman fuentes productoras de excesos sonoros, dando por buenos los informes del técnico de medio ambiente municipal y de los policías municipales que consideran se superan los decibelios admitidos como máximo, tanto en el exterior como en el interior de las viviendas.

“Es evidente que la persistencia durante dos años de estos ruidos periódicos, siguiendo lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 16 de noviembre de 2004, puede producir al ser humano un estado de crispación, que a todas luces le altera psíquicamente con obvias repercusiones físicas y le ocasiona la imposibilidad del disfrute de su domicilio y la dificultad de mantener unas mínimas condiciones para el desarrollo de la intimidad personal y material, sin que el Ayuntamiento de Bilbao haya corregido esta situación.

“Es de destacar que, en el expediente administrativo, a los folios 40 a 43, el informe del jefe de negociado de limpieza pública sostiene que los vehículos utilizados ‘porter’ o de baldeo, representan un importante ahorro de agua, pero a cambio generan algo más de ruido que otros sistemas, pues se sirven de la propia transmisión del motor del vehículo.

“Pues bien, es evidente que escoger la solución más económica por las administraciones públicas no sólo es posible, sino

aconsejable, pero no cuando dicha elección supone poner en riesgo la salud o la intimidad del domicilio de los ciudadanos, de tal suerte que es al Ayuntamiento como competente a quien corresponde compatibilizar el servicio público que presta con estos derechos fundamentales, y pese al excesivo tiempo trans-

currido no lo ha hecho. En consecuencia no procede sino confirmar, con la sentencia recurrida, que efectivamente se ha producido una violación del derecho a la intimidad del recurrente.”

Por ello, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

4. Potestad normativa. Ordenanzas municipales

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos. El servicio de taxi puede verse afectado –en la iniciación porque requiere licencia, sin que exista un derecho subjetivo del particular a obtenerla, pero también en su funcionamiento– por limitaciones que difieran de las que atañen a toda actividad empresarial privada que no afecte al interés público. Sólo cabría rechazar las inmisiones irrazonables, arbitrarias e injustificadas

SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo deducido contra el Acuerdo plenario del Ayuntamiento de Segovia de 28 de abril de 2006, por el que se aprueba definitivamente el Reglamento municipal del servicio urbano de transporte de vehículos turismo con aparato taxímetro.

Las cuestiones planteadas fueron:

a) La propuesta de Reglamento carece de los estudios e informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de la norma a elaborar y vulnera el artículo 129 de la LPA 1958.

b) El artículo 32.1 del Reglamento establece la intransmisibilidad de las licencias, salvo tres supuestos (fallecimiento del titular, incapacidad permanente total para la profesión o incapacidad permanente absoluta y gran invalidez del titular de la licencia y retirada definitiva del permiso de conducir).

c) El artículo 16 establece la obligación de dotar a los taxis con un sistema de seguridad basado en tecnología GPS o sistemas similares que permitan solicitar atención de emergencia además de localización y seguimiento.

d) El artículo 29 se impugna en cuanto que establece el derecho de tanteo y retracto para las personas que en el momento de la convocatoria presten servicios como asalariados de las licencias de taxis.

e) El artículo 31 establece como obligatoria la plena dedicación del titular de la nueva licencia.

f) El párrafo del artículo 42.3 se impugna en cuanto establece que “En todo caso, sólo se puede cobrar el transporte y por consiguiente, el taxímetro se activará desde el lugar en el que son recogidos los pasajeros”.

g) Ilegalidad de la tipificación de infracciones y sanciones en la Ordenanza.

A) Vulneración del artículo 129 de la LPA 1958

El Tribunal Superior de Justicia afirma la derogación del artículo 129 de la LRJPAC por la LOFAGE y su inaplicabilidad a las ordenanzas locales que se rigen por la LBRL, cuyos preceptos se cumplieron en la tramitación y aprobación de la Ordenanza.

B) Las limitaciones a la transmisibilidad de las licencias

El Tribunal Superior de Justicia reproduce su sentencia de 5 de octubre de 2007, recurso número 188/2006, ponente D^a. M. Begoña González García, que interpreta el artículo 28 de la Ley castellano-leonesa 15/2002.

A la vista del precepto la sentencia reproducida señaló:

“Como se desprende claramente de la lectura de este artículo, no podemos compartir la tesis del Ayuntamiento de Segovia de que dicha facultad de establecer el carácter transmisible o

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1^a. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 183/2006

FECHA: 9 de noviembre de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. José Matías Alonso Millán

DEMANDANTE: La Federación Regional Castellano-Leonesa de Auto-Taxi

DEMANDADO: Ayuntamiento de Segovia

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 86 de la LBRL

DOCTRINA: El servicio de taxi, conforme de lo dispuesto en el artículo 86.3 de la Ley 7/1985, no es una actividad privada de interés general sino un servicio público impropio o virtual y un servicio reservado al municipio, con independencia de que se preste por particulares.

La reserva al municipio del servicio de taxi comporta la atribución a aquél de la titularidad de dicho servicio, por lo que no sólo es que su inicio quede sujeto a la previa obtención de licencia sino que también permite que el municipio implante limitaciones en la manera de prestación del servicio.

El servicio de taxi puede verse afectado –en la iniciación porque requiere licencia, sin que exista un derecho subjetivo del particular a obtenerla, pero también en su funcionamiento– por limitaciones que difieran de las que atañen a toda actividad empresarial privada que no afecte al interés público. Sólo cabría rechazar las inmisiones irrazonables, arbitrarias e injustificadas.

El requerimiento de un taxi por medio de la emisora, con la seguridad de que se va a disponer del taxi así requerido, debe ser retribuido con independencia de que puedan arbitrarse otra serie de medidas para la protección del consumidor. Cuando se ha requerido el servicio por emisora, sólo cobrar el transporte y activar el taxímetro en el lugar en el que son recogidos los pasajeros, en el caso examinado, comporta repercutir en el titular de la licencia la prestación de un servicio sin la debida contraprestación.

no de la licencia se atribuya a la corporación que pueda establecer el carácter intransmisible de la misma, sino que se ha de entender que la utilización del verbo 'podrán' se refiere al titular de la licencia, dentro del marco jurídico en el que se está autorizando dicha transmisión, no cabe entender de otro modo que el artículo se refiera expresamente a la transmisión de las licencias de autotaxi, [...] si a ello unimos la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2002 puesta de relieve en el escrito de demanda al que se acompaña el documento número 12, no se puede sino concluir considerando que el criterio de la Ley ha sido el establecer el carácter transmisible de la licencia, por lo que en base al principio de jerarquía normativa, no puede el Reglamento ahora impugnado modificar el mismo estableciendo el carácter intransmisible de las licencias, y sin que ello se pueda amparar en el hecho de que el anterior Reglamento de 1980 estableciera en su artículo 14 este mismo carácter [...] el hecho de que el citado Reglamento coexistiera con la nueva Ley 15/2002 no significa que no pudiera contravenir la misma, como así cabe concluir a la vista de lo que hemos indicado, dada la regulación que establece la Ley respecto al carácter transmisible de las licencias, por lo que en este punto el recurso debe estimarse, al haberse vulnerado con dichos preceptos del Reglamento, por éste el principio de jerarquía normativa."

La sala anula el artículo 23 pero no le da nuevo redactado como solicita la actora por imperativo del artículo 71.2 de la LJ.

C) Sistema de localización obligatorio mediante GPS

El Tribunal Superior de Justicia (fundamento jurídico sexto) reproduce la sentencia de la sala de 5 de octubre de 2007 que no comparte los argumentos de la entidad recurrente por tratarse de una materia de competencia municipal propia de la ordenación del servicio y por establecerse la obligatoriedad de un sistema de seguridad basado en dicha tecnología o un sistema similar, y sin limitarse las diversas aplicaciones que puede tener este sistema.

El Tribunal Superior de Justicia no considera que:

"la medida establecida en el artículo 16 impugnado responda a una medida arbitraria, irrazonable o no justificada, sino que redunde en la mejora del servicio y en la seguridad en la prestación del mismo."

En este punto se cita la del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de mayo de 2005, de la que fue ponente Don Fernando Socias Fuster (referida a un supuesto donde se imponía la utilización del radioteléfono), pero cuyas conclusiones el Tribunal Superior de Justicia considera aplicables al caso examinado. La sentencia citada afirma:

"El recurrente considera que la modificación de la Ordenanza –y en consecuencia el Decreto impugnado– es contraria a la Constitución española en cuanto que afecta al derecho de libertad de empresa, de modo que será cada taxista, en función de los intereses de su actividad empresarial, el que decidirá si a dicha actividad le conviene o no el uso de radioteléfono. No obstante, debe precisarse que al tratarse de un servicio público –o más propiamente semipúblico–, también debe examinarse la cuestión desde la perspectiva de si es una medida que favorece o mejora la prestación de dicho servicio.

"En este punto la parte recurrente no niega que el mecanismo del radioteléfono beneficie al servicio público, como tampoco prueba o alega que en su taxi en concreto no ha de producir ningún beneficio al referido servicio. Así pues, frente al interés empresarial de cada taxista en concreto, se superpone la posibilidad de adopción de medidas que benefician el servicio público de transporte aunque dichas medidas hayan de limitar el ámbito de libre decisión en el ejercicio de la actividad empresarial y ello por la sencilla razón de que este ámbito, por la naturaleza del servicio, no es completamente libre.

"En este punto, no cabe sino remitirnos a lo indicado en sentencia de esta Sala núm. 19.01.1999 (RJCA 1999, 825) en el que se hacía idéntica invocación a la libertad de empresa frente a Ordenanza que establecía determinaciones en el ejercicio de la actividad de autotaxi. Se decía en aquella sentencia: 'no ha de olvidarse que el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de diciembre de 1982 (RJ 1982, 7972), citada después por la sentencia de 30 de octubre de 1987 (RJ 1987, 9204), ya había señalado que son los imperativos inherentes a la idea de servicio público los que impiden la prevalencia de la libre voluntad de sus titulares en su organización, aunque la misma no se desentienda tampoco de sus intereses; y es ésta consideración de servicio público la que justifica que ésta actividad, aunque en manos de particulares, tenga que estar sometida a una reglamentación y a una organización supraordenada a voluntad de quienes, desde su perspectiva personal, solo ven en el servicio un instrumento de un negocio privado'.

"En consecuencia, tal como señalaba la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3722): 'la actividad del transporte de personas en vehículos automóviles mediante precio es una actividad empresarial ya se realice autónomamente o por medio de conductores asalariados pero la misma, al igual que todas las demás, no puede desarrollarse en un marco de plena libertad, manifestación que no contiene el precepto constitucional, el que enmarca a la libertad de empresa en la economía de mercado al objeto único evidente de descartar una plena socialización o estatalización de los medios de producción y distribución, más sometiénola a las exigencias de la economía general, y en su caso de la planificación, de conformidad con las cuales han de garantizar y proteger su ejercicio y defender la productividad los poderes públicos. Lo que así entendido no pugna en absoluto con la reglamentación del transporte por el Estado, las comunidades autónomas y los municipios, tradicional en nuestro ordenamiento jurídico como servicio público que es'.

"Sexto. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha calificado la actividad, de auto taxis como servicio impropio o virtual cuya prestación implica una relación de sujeción especial con la Administración, sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1977 (RJ 1977, 1399) y 30 de junio de 1979 (RJ 1979, 2977), recogidas en la de 30 de octubre de 1987 (RJ 1987, 9204), y sentencia de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8597). Ahora bien, conforme resulta de lo dispuesto en el artículo 86.3 de la Ley 7/1985, ha de concluirse que, en efecto, el servicio de taxi no es meramente una actividad privada de interés general sino que se trata de un servicio público impropio o virtual, pero, además, se trata también de un servicio reservado al municipio; y ello con independencia de que se preste por particulares.

"Al respecto debe tenerse en cuenta que la reserva declarada en el artículo 86.5 de la Ley 7/1985 comprende tanto el transporte regular de viajeros como el transporte discrecional, siendo el servicio de taxi una manifestación del transporte público de viajeros de carácter discrecional o no regular porque se lleva a cabo sin sujeción a itinerario, calendario u horario preestablecido –artículo 64.1 de la Ley 16/1987.

"La reserva al municipio del servicio de taxi comporta, con independencia de que su gestión no sea municipal, la atribución a aquél de la titularidad de dicho servicio, por lo que no sólo es que su inicio quede sujeto a la previa obtención de licencia sino que, en lo que aquí importa, también permite que el municipio implante limitaciones en la manera de prestación del servicio.

"Por consiguiente, el servicio de taxi, como actividad de interés público reservada al municipio, puede verse afectado –en la iniciación porque requiere licencia, sin que exista un derecho subjetivo del particular a obtenerla, pero también en

su funcionamiento— por limitaciones que difieran de las que atañen a toda actividad empresarial privada que no afecte al interés público. Así pues, la medida acordada en Ordenanza y en materia en la que la Administración goza de especiales potestades de tutela al tratarse de una relación administrativa de sujeción especial, es medida que no supone una inmisión intolerable en el ámbito de la libertad empresarial ya que de conformidad con la STS 5.03.2004, únicamente cabría rechazar aquellas que sean irrazonables, arbitrarias e injustificadas, lo que no ocurre en nuestro caso al no alegarse ni acreditarse por el recurrente que el uso de radioteléfono no suponga una mejora del servicio y por tanto debe entender que sí existe dicha mejora, lo que implica la constitucionalidad de la medida.”

D) La plena dedicación de los taxistas

El Tribunal Superior de Justicia afirma la legalidad de la Ordenanza en este punto “porque la Ley castellano-leonesa 15/2002 prevé, en su artículo 40.1.d), la posibilidad de establecer como condición esencial la plena dedicación del titular de la preceptiva licencia o autorización, por lo que no es posible acceder a la petición de nulidad de lo dispuesto en el artículo 33 del Reglamento impugnado en este recurso”.

El Tribunal Superior de Justicia (fundamento jurídico séptimo) afirma que esta cuestión ha sido tratada por reiteradas sentencias del Tribunal Supremo, en idéntico problema presentado en el Ayuntamiento de Madrid. Cita la STS de fecha 27 de septiembre de 2005, recurso número 677/2002 (ponente Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina), que establece el sistema de normas estatales y autonómicas aplicables en este punto y establece la aplicabilidad preferente de las normas autonómicas que lo regulan.

E) El derecho de tanteo y retracto a favor de los conductores cuando se trasmite la licencia

El Tribunal Superior de Justicia establece que:

“en el presente caso, si bien es cierto que el derecho de acceso preferente de los conductores asalariados se sigue reconociendo, se han introducido [en relación con el reglamento municipal derogado y sustituido] dos modulaciones importantes que no se encuentran suficientemente justificadas, ni en el expediente administrativo, en los dos informes existentes, ni en la contestación a la demanda, y es que se exija el requisito de la antigüedad de cinco años y que no se haya abandonado la profesión durante diez días, por lo que, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de junio de 2000, de la que fue ponente Doña Francisca María Rosas Carrión, que: ‘La limitación del acceso a la titularidad de las licencias estableciendo una preferencia en favor de los asalariados del taxi, puede además enmarcarse en las políticas de progreso social y económico para la distribución de la renta personal más equitativa, cuya promoción corresponde a los poderes públicos de acuerdo con el artículo 40 de la Constitución y especialmente dicha normativa es congruente con lo dispuesto en el artículo 129 de la Constitución, que establece que los poderes públicos establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. Está justificado por lo tanto que en el acceso a las licencias de autotaxi sean preferidos los asalariados del sector a otros extraños a él o a otros que ya gozan de licencia.’ Y en el presente caso no se encuentra justificado que dichos asalariados vean limitado su derecho de acceso preferente, con la exigencia de tales requisitos temporales, máxime con el plazo tan exiguo de diez días para entender abandonada la actividad, por lo que en este punto el recurso debe ser estimado procediendo a declarar la nulidad del artículo 29.”

F) Sólo se puede cobrar el transporte y, por consiguiente, el taxímetro se activará desde el lugar en el que son recogidos los pasajeros

El Tribunal Superior de Justicia considera ilegal la Ordenanza en este punto, de acuerdo con el razonamiento siguiente:

“el Ayuntamiento demandado pretende sostener y justificar la procedencia de esta medida en el informe del inspector del servicio obrante al folio 135 a 137 del expediente administrativo y por tanto en la protección del consumidor o usuario y que éste solo pague por el servicio que recibe, pero también lo es que ésta puede ser una intención loable, pero ello implica un evidente coste para la persona que presta el servicio, como es el mantenimiento de la emisora, y pese a que se intente que no se pague más que el servicio prestado, tal y como está redactado el artículo, lo que se produce es que en definitiva no se estaría abonando el servicio realmente satisfecho, por tanto, que sea difícil determinar cuál sea la parada más próxima y controlar que ello sea efectivamente así no significa que no se haya de compensar económicamente un servicio que realmente se está prestando al usuario, ya que con la justificación de que lo que se pretende es que se cobre por el servicio prestado y que no se paguen prestaciones no satisfechas o por usos no consumidos, lo que se produce en último término es que un servicio que realmente se está prestando, como es el requerimiento de un taxi por medio de la emisora, con la seguridad de que se va a disponer del taxi así requerido, no se vea compensado económicamente, a pesar de los gastos que dicho servicio genere, lo que evidentemente no puede encontrar justificación normativa, por lo que sin perjuicio de que se arbitren medidas para evitar abusos a los consumidores en el cobro de esos servicios, ello no puede implicar que no se abonen los servicios realmente prestados, por lo que en este punto el recurso debe ser estimado [...] y ello con independencia de que puedan arbitrarse otra serie de medidas para la protección del consumidor como postulaba el Ayuntamiento, pero que no han de pasar por repercutir en el titular de la licencia la prestación de un servicio sin la debida contraprestación.”

Por todo ello, se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación Regional Castellano-Leonesa de Auto-Taxi.

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. La instalación de una antena de telefonía móvil, a pesar de la escasa entidad de las obras necesarias, no es admisible en un edificio calificado como fuera de ordenación porque es necesario que esas obras, por pequeñas que sean, vengan impuestas por la “higiene, el ornato o la conservación”

SUPUESTO DE HECHO

La entidad Vodafone España, SA promovió un recurso contencioso-administrativo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Badajoz en fecha 19 de febrero de 2007 en un procedimiento promovido en impugnación de una resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Badajoz por la que se desestimaba el recurso de reposición contra otra anterior y se denegaba la licencia urbanística para la instalación de una antena de telefonía móvil.

El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El fundamento de la denegación de la licencia solicitada es que la instalación de una antena como la pretendida no es posible en un edificio calificado como fuera de ordenación. A juicio de la defensa de la recurrente, la escasa entidad de la instalación hace admisible el otorgamiento de la licencia.

La norma aplicable al caso disponía que en los edificios calificados como fuera de ordenación sólo podrían autorizarse las “pequeñas reparaciones que exigieran la higiene, ornato y conservación del inmueble” y “la imposibilidad de realizar obras que comporten aumento de su valor”.

El Tribunal Superior de Justicia establece que:

“conforme a esa normativa expuesta no puede admitirse, como se pretende por la recurrente, que la escasa entidad de las obras necesarias para la instalación de la antena la hacen admisible dentro de los estrechos límites de las edificaciones calificadas como fuera de ordenación. Y ello porque no es suficiente esa escasa entidad de las obras, que desde el punto de vista edificatorio ciertamente pueden serlo, sino que la exigencia es que, además de la escasa entidad, es necesario que esas obras, por pequeñas que sean, vengan impuestas

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 127/2007

FECHA: 17 de octubre de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. Wenceslao Olea Godoy

DEMANDANTE: Vodafone España, SA

DEMANDADO: Ayuntamiento de Badajoz

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 137 de la LS 1992

DOCTRINA: La instalación de una antena de telefonía móvil, a pesar de la escasa entidad de las obras necesarias, no es admisible en un edificio calificado como fuera de ordenación porque es necesario que esas obras, por pequeñas que sean, vengan impuestas por la “higiene, el ornato o la conservación”

por la ‘higiene, ornato o conservación’, supuestos taxativos en que la normativa autoriza la posibilidad de ejecutar –y autorizar mediante la correspondiente licencia– las obras. Y si ello es así, es indudable que la instalación de una antena nunca puede obedecer a ninguna de esas finalidades, sino a una instalación autónoma y nueva en la edificación que en nada aprovecha a la higiene, al ornato o conservación, más bien todo lo contrario.”

Por ello el Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso y confirma la sentencia apelada.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid. La prohibición mediante ordenanza de la venta de bebidas alcohólicas en cualquier establecimiento del municipio dedicado a la venta al por menor de cualquier clase de productos alimenticios y bebidas, sea en régimen de autoservicio o mixto, siempre y cuando la superficie de la sala de ventas sea superior a 400 m², es desproporcionada, rebasa los límites establecidos por la norma autonómica que habilita para dictar la Ordenanza (Ley castellano-leonesa 3/1994) y vulnera el artículo 38 de la CE

SUPUESTO DE HECHO

Dama 24, SL formuló un recurso contra el artículo 9.1.d), así como el anexo “definiciones de establecimientos”, de la Ordenanza municipal para la prevención del alcoholismo y tabaquismo, publicada en el *BOP de Salamanca* el 19 de diciembre de 2005.

La Ordenanza, en el precepto recurrido, establece que, en el término municipal de Salamanca, no pueden existir establecimientos de venta de bebidas alcohólicas de una superficie inferior a 400 m², si concurren con otros productos alimenticios.

El Tribunal Superior de Justicia estima el recurso y anula el precepto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El marco legal en el que se dicta la Ordenanza es el artículo 23.1 de la Ley castellano-leonesa 3/1994, de 29 de marzo, de preven-

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 81/2006

FECHA: 8 de octubre de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. Francisco Javier Zatarain Valdemoro

DEMANDANTE: Empresa privada

DEMANDADO: Ayuntamiento de Salamanca

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 38 de la CE y artículo 23.1 de la Ley castellano-leonesa 3/1994, de 29 de marzo, de prevención, asistencia e integra-

ción, asistencia e integración de drogodependientes de Castilla y León, que realiza una remisión a la regulación municipal en términos amplios:

“1. Para contribuir a la reducción del abuso de bebidas alcohólicas, las corporaciones locales establecerán los criterios que regulen la localización, distancia y características que deberán reunir los establecimientos de suministro y venta de este tipo de bebidas, así como la venta y consumo de las mismas en la vía pública.”

El Tribunal Superior de Justicia afirma que en “el uso de esta habilitación normativa el Pleno municipal ha prohibido la venta de bebidas alcohólicas en cualquier establecimiento dedicado a la venta al por menor de cualquier clase de productos alimenticios y bebidas, sea en régimen de autoservicio o mixto, siempre y cuando la superficie de la sala de ventas sea superior a 400 m²”.

El Tribunal Superior de Justicia establece que:

“La limitación a ese tipo de establecimientos para la venta de bebidas alcohólicas hecha por el Ayuntamiento de Salamanca es desproporcionada, entendiéndose que ha rebasado los límites establecidos por la Ley 3/1994 y pugna con el artículo 38 de la Constitución española.”

El Tribunal Superior de Justicia define el carácter desproporcionado por apartarse de la finalidad de la habilitación normativa para dictar la Ordenanza y por lesionar derechos de inequívoco reconocimiento constitucional (cita el artículo 10 de la CE).

En cuanto a la finalidad de la habilitación normativa, el Tribunal Superior de Justicia establece:

“Del tenor literal de la Ley 3/1994, así como de su exposición de motivos, se colige que busca reducir la oferta de venta de bebidas alcohólicas. Ahora bien, el criterio principal de reducción de la oferta es la distancia entre establecimientos, no su tipo ni su superficie (véase su artículo 23.2), así como la edad de los potenciales consumidores.”

La Ley 3/1994, recuerda el Tribunal Superior de Justicia:

“establece medidas de control para la venta de bebidas alcohólicas a través de máquinas automáticas y finalmente prohíbe o limita la venta de bebidas alcohólicas en lo que podríamos calificar como ‘centros sensibles’ tales como dependencias y sedes de la administración autonómica, centros sanitarios, educativos, de transporte o gasolineras.”

En el ámbito estatal, señala:

“más allá de la prohibición de venta de bebidas alcohólicas para alguno de esos centros sensibles [...] sólo hay una reglamentación de la publicidad de estas bebidas [...], pero no una prohibición tan amplia y genérica como pretende imponer el ayuntamiento de Salamanca.”

A modo de conclusión, respecto de que la Ordenanza se aparta de la finalidad de la habilitación normativa, señala:

“Por lo tanto, una interpretación lógica, sistemática y teleológica de la habilitación reglamentaria contenida en el artículo 23.1 de la norma que ahora se analiza no permite entender que los entes locales pueden restringir a determinados establecimientos –pocos–, la venta de bebidas alcohólicas. El correcto entendimiento de este precepto pasa por reconducir la reglamentación municipal en consonancia con las previsiones de los apartados 5 y 6 de ese mismo artículo. Y será entonces cuando el Ayuntamiento, analizando las peculiaridades que en su término municipal presentan todos los establecimientos dedicados a la venta de bebidas alcohólicas cuando perfile la localización, distancia y características de estos en relación con esos ‘centros sensibles’.

“Pero aún más absurda si cabe es la desproporción del precepto de la Ordenanza si se tiene presente que si no se venden productos alimenticios, sino tan sólo bebidas alcohólicas esa prohibición desaparece. Atipicidad que desde luego choca con la finalidad última de la norma y con la prohibición tan individualizada que se combate.”

ción de drogodependientes de Castilla y León

DOCTRINA: La prohibición mediante ordenanza de la venta de bebidas alcohólicas en cualquier establecimiento del municipio dedicado a la venta al por menor de cualquier clase de productos alimenticios y bebidas, sea en régimen de autoservicio o mixto, siempre y cuando la superficie de la sala de ventas sea superior a 400 m², es desproporcionada, rebasa los límites establecidos por la norma autonómica que habilita para dictar la Ordenanza (Ley castellano-leonesa 3/1994) y vulnera el artículo 38 de la CE.

En la segunda parte de la sentencia, el Tribunal Superior de Justicia razona la vulneración del derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución española. Dice así:

“Es del todo punto evidente que tanto el legislador como el titular de la potestad reglamentaria pueden regular las condiciones y forma de ejercicio de las diversas actividades económicas, no pudiendo sin más deslegitimar las normas por el hecho de que incidan en el ámbito de diversas actividades económicas, pues es obvio que en este caso todas las normas –es obvio que su número es ingente– que incidieran en la regulación de actividades económicas o empresariales no serían ajustadas a Derecho, lo que supondría la nulidad de todas las disposiciones que regulan tales materias.

“El Tribunal Constitucional tiene establecido también (sentencias de 8 de junio de 1982, 28 de octubre de 1983 y 24 de julio de 1984) la posibilidad de que el ejercicio del derecho proclamado por el artículo 38 sea limitado por una norma de carácter reglamentario, no siendo la libertad de empresa un derecho omnímodo, sino sujeto en su ejercicio a las condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico y de cuya fiscalización se encarga la Administración.

“El contenido de la libertad de empresa, en palabras de la STC, Pleno de 24 de julio de 1984, ponente Rubio Llorente, Francisco, supone esencialmente la posibilidad de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. La STC, Pleno de 16 de noviembre de 1981, núm. 37/1981, rec. 184/1981, proclamaba ‘el carácter de garantía institucional’ (STC 83/1984 y 123/1991), al ser la economía de mercado el marco obligado de la libertad de empresa (STC 88/1986), lo que por un lado viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. Límites cuyo mantenimiento, como el de aquellos que definen los demás derechos y libertades consagrados en el capítulo II, título I, de la CE, está asegurado por una doble garantía, la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo que el legislador no puede disponer, de un contenido esencial (artículo 53.1 de la CE) (STC 37/1981).

“Y entiende este tribunal que la limitación o restricción –según se mire– de la venta de bebidas alcohólicas a unos establecimientos de una superficie notoriamente importante afecta y menoscaba el contenido esencial de la libertad de empresa, dificultando enormemente el inicio de la actividad empresarial. A mayor abundamiento y en consonancia con la STC, Pleno de 8 de julio de 1993, de mantenerse esa limitación se afectaría gravemente a la concurrencia entre empresas.”

Por ello anula el precepto de la Ordenanza impugnado.

5. Contratación del sector público

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Que el contrato de concesión administrativa para la ejecución de un plan especial urbanístico en el que el adjudicatario realiza obras de construcción y urbanización y se le retribuye con aprovechamiento urbanístico, bienes patrimoniales, la concesión de servicio público o concesiones demaniales es un contrato de concesión de obras públicas, definido en el artículo 130.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo (en la versión de la ley originaria, que ha sido posteriormente modificada), como aquel en el que, siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120, la contraprestación a favor del adjudicatario consiste en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio

SUPUESTO DE HECHO

El acuerdo plenario de fecha 3 de marzo de 1999 del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián otorga a la UTE formada por Construcciones Brues, SA y Progen, SA la concesión administrativa para la ejecución del Plan especial de reforma interior del Área EG.05 Atotxa II (Egia-Donostia/San Sebastián).

El Acuerdo plenario del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, el 18 de julio de 2000, modifica el contrato de concesión para la ejecución del PERI del Área EG.05 Atotxa II.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estima parcialmente los recursos contencioso-administrativos deducidos contra esos acuerdos por empresas no adjudicatarias.

Los antecedentes son:

–En sesión plenaria de 26 de septiembre de 1996, el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián aprobó definitivamente el Plan especial de reforma interior del Área EG.05 Atotxa II (Egia-Donostia/San Sebastián), y el 22 de junio de 1998 aprobó también con carácter definitivo el Proyecto de urbanización.

–El 15 de julio de 1998 el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián acuerda convocar un concurso para el otorgamiento de la concesión administrativa de la ejecución de dicho Plan y tres uniones temporales de empresas presentación oferta.

–El 24 de noviembre de 1998 la Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre I, “Documentación administrativa”, de cada una de las tres licitadoras, y tras su examen y calificación admitió las tres proposiciones.

–El 26 de noviembre de 1998 se procede a la apertura del sobre II, “Propuesta técnica y económica”, y una vez emitidos diversos informes interesados por la Mesa de Contratación al objeto de ponderar las ofertas, en sesión de fecha 30 de diciembre de 1998, la Mesa las valora.

–La Mesa de Contratación propone por unanimidad la adjudicación del concurso a la oferta con mayor puntuación.

–En diciembre de 1998 y enero de 1999 las UTE no adjudicatarias presentaron diversos escritos de alegaciones solicitando la exclusión del concurso de la UTE propuesta por la Mesa de Contratación.

–Con fecha 2 de febrero de 1999 la UTE seleccionada presenta mejora de su oferta y por Acuerdo plenario de fecha 3 de marzo de 1999 el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián otorga a la UTE formada por Construcciones Brues, SA y Progen, SA la concesión administrativa, y el contrato se formaliza el 28 de abril de 1999.

–El 21 de marzo de 2000 se dirige escrito por la UTE adjudicataria al Ayuntamiento, manifestando que ante la voluntad municipal de tramitar una modificación de elementos del PERI, acepta sus términos y la ejecución de las nuevas obras.

–El 28 de marzo de 2000 se aprueba inicialmente una modificación del Plan especial de reforma interior del Área EG.05 Atotxa II (Eguia-Donostia/San Sebastián).

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 989/1999

FECHA: 16 de noviembre de 2007

PONENTE: Excmo. Sra. Margarita Díaz Pérez.

DEMANDANTE: UTE no adjudicatarias de un contrato de concesión administrativa para la ejecución de un plan especial urbanístico

DEMANDADO: Ayuntamiento de San Sebastián-Donostia

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 120, 130, 139, 161 y 162 de la LCAP en la versión originaria de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, y artículo 130, en la versión dada por el RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas

DOCTRINA: Que el contrato de concesión administrativa para la ejecución de un plan especial urbanístico en el que el adjudicatario realiza obras de construcción y urbanización y se le retribuye con aprovechamiento urbanístico, bienes patrimoniales, la concesión de servicio público o concesiones demaniales es un contrato de concesión de obras públicas, definido en el artículo 130.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo (en la versión de la ley originaria, que ha sido posteriormente modificada), como aquel en el que, siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120, la contraprestación a favor del adjudicatario consiste en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

–El 11 y 15 de mayo de 2000, respectivamente, las UTE no adjudicatarias presentan alegaciones, que fueron desestimadas, y el 18 de julio de 2000 el Ayuntamiento, en sesión plenaria, adopta dos acuerdos, por los que a) se aprueba con carácter provisional y definitivo el documento de modificación del Plan especial de reforma interior del Área EG.05 Atotxa II (Egia-Donostia/San Sebastián), de fecha febrero de 2000, y b) se modifica el contrato de concesión suscrito con la UTE Construcciones Brues, SA y Progen, SA para adaptar el objeto de concesión a las determinaciones del Plan modificado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Supremo examina el motivo de recurso común: la falta de acreditación por la UTE adjudicataria de la solvencia técnica exigida en la cláusula II.3.d) del Pliego de condiciones técnicas y económico-administrativas, que, a juicio de las actoras, hubo de determinar la inadmisión de su oferta.

El Tribunal Supremo señala que:

“la Administración consideró eludible el requisito de la clasificación individual de cada una de las empresas agrupadas, en razón de la naturaleza del contrato; en su opinión, las concesiones urbanísticas no se enmarcan dentro del contrato de obras, son concesiones de servicios públicos no incluidas en los supuestos de clasificación descritos en el artículo 25 de la Ley 13/1995; su eventual calificación como concesiones de obras públicas lleva a idéntica conclusión, dado que tampoco es exigible al concesionario la clasificación.”

Para determinar la naturaleza del contrato el Tribunal Supremo describe las contraprestaciones pactadas:

A) La realización por un único adjudicatario de las obras siguientes en el Plan especial y en el Proyecto de urbanización que lo desarrolla:

–Las obras de edificación de las parcelas a.300/EG.05.1 y f.110/EG.05.2.

–Todas las obras de urbanización contenidas en el Proyecto de urbanización, salvo las definidas en el ámbito I.

–Las obras de derribo del campo de fútbol de Atotxa.

–Las otras obras de derribo que sean necesarias realizar, como los edificios del Mercado de Frutas y Villa San José.

B) Como contraprestación por la ejecución de esas obras, el concesionario, y adjudicatario del concurso, recibe para el supuesto de promoción de las cien viviendas sociales por el Gobierno Vasco: la propiedad plena de la totalidad de los aprovechamientos lucrativos en régimen libre y de los aprovechamientos adscritos al régimen de viviendas sociales, que se destinan para su venta a la Comunidad Autónoma del País Vasco; el derecho de superficie, por un plazo de 75 años, del resto de los aprovechamientos adscritos al régimen de protección oficial; y la titularidad de la explotación por un plazo de 50 años de los servicios, galería comercial y aparcamiento de rotación, proyectados bajo rasante en el espacio libre f.110.

El Tribunal Supremo, una vez examinadas las contraprestaciones, establece:

“que se trata de un contrato de concesión de obras públicas, definido en el artículo 130.1 de la LCAP como aquel en el que, siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120, la contraprestación a favor del adjudicatario consiste en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.”

El Tribunal Supremo señala:

“que el contrato de concesión de obras públicas es una figura contractual compleja, en tanto que implica la construcción de una obra pública y su explotación por el adjudicatario como contraprestación; de ese carácter mixto es muestra la remisión que el artículo 130.2 efectúa al artículo 162 de la misma Ley, integrado en el capítulo IV del título II, ‘Del contrato de gestión de servicios públicos’ del libro II. No obstante, no queda por ello excusado el adjudicatario de cumplir el requisito de clasificación, habida cuenta que por mor de lo dispuesto en ese precepto (artículo 130.2 de la LCAP), en su redacción inicial, aplicable a la adjudicación de autos, el contrato está sujeto a las normas generales de los contratos de obras, y en particular, a las de publicidad de los mismos, con las especialidades previstas en el artículo 139, debiendo ajustarse en la explotación de la obra a lo establecido en el artículo 162.”

Del eventual carácter mixto del contrato el Tribunal Supremo deriva la siguiente conclusión:

“Ahora bien, el aludido carácter mixto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de contratos, puede llevar a la aplicación de las normas propias del contrato de gestión de servicios públicos, con la consecuente desaparición de la exigencia de clasificación del contratista, en el caso de que la gestión del servicio público, entendido en sentido amplio, sea la prestación que tiene más importancia desde el punto de vista económico. Así ocurre bajo la vigencia del RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, que da nueva redacción al apartado segundo del artículo 130, ‘Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, el contrato de concesión de obras públicas queda sujeto a las normas de publicidad de los contratos de obras, con las especialidades previstas en el artículo 139. El concesionario deberá ajustarse en la explotación de la obra a lo establecido en el artículo 161’.”

Sin embargo, al resultar de aplicación al caso concreto la anterior Ley de contratos, Ley 13/1995, de 18 de mayo, “la sujeción expresa de los contratos de concesión de obras públicas a las normas generales de los contratos de obras, dispuesta en el repetido artículo 130.2, convierte en requisito ineludible la clasificación de las empresas como contratistas de obras, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25.1 de la misma Ley”.

En conclusión:

“la naturaleza del contrato determina la exigencia de la clasificación de las licitadoras como contratistas de obras.”

La consecuencia que se deriva de la adjudicación de un contrato a una unión temporal de empresas que carece de esta capacidad jurídica especial administrativa que es la clasificación, cuando ésta es requisito ineludible, como acontece en el supuesto presente, es, por imperativo legal, la sanción más grave prevista en nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad absoluta o de pleno derecho: el artículo 22 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, anuda a la falta de capacidad de obrar o de solvencia y a la concurrencia de alguna de las prohibiciones para contratar descritas en el artículo 20 de la misma Ley, la nulidad de pleno derecho de las adjudicaciones. Y el artículo 20 incluye entre las circunstancias que impiden a las personas en quienes concurren contratar con la Administración “no hallarse debidamente clasificadas, en su caso, conforme a lo dispuesto en esta Ley o no acreditar la suficiente solvencia económica, financiera y técnica o profesional”.

Por todo ello, declara nulos de pleno derecho los acuerdos de adjudicación, con las consecuencias legales previstas en los artículos 62 a 66 de la Ley 13/1995, de contratos de las administraciones públicas.

6. Servicio público

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. La especial naturaleza de las aguas, su titularidad privada (en el caso examinado) y su falta de encaje con el fundamento de la reversión, y especialmente con el de la gratuidad de tal reversión, determinan que no pueda considerarse como bien revertible cuando se extingue la concesión del servicio público de suministro a un municipio.

Los pozos, como bien que tampoco admite reversión, al ser consustanciales al elemento de las aguas (es donde éstas se encuentran), deben correr la misma suerte que las propias aguas en lo que hace a su carácter no revertible; mas únicamente los pozos así considerados, no el resto de instalaciones o elementos artificiales que en el mismo puedan incidir, los que entran de lleno en el instituto de la reversión

SUPUESTO DE HECHO

Aquagest Levante, SA había sido titular de la concesión de prestación del servicio público de abastecimiento de agua del municipio de Llíria. La concesión se remontaba al año 1917, quedando regulada la concesión administrativa desde 1925. El Decreto de la Alcaldía de 30 de enero de 2001 dio por finalizada la relación entre Aquagest Levante, SA y el Ayuntamiento para la prestación del suministro de agua potable. Este Decreto fue recurrido por Aquagest Levante, SA y recayó sentencia ya firme, que declaró la inadmisibilidad del recurso formulado por considerar que la resolución impugnada era un simple acto de ejecución del Acuerdo municipal de 28 de noviembre de 2000, en el que se acordaba la resolución del contrato anterior de 1994.

Aquagest Levante, SA en el año 2002 formula el recurso contencioso-administrativo objeto de este proceso contra:

–La desestimación por el Ayuntamiento de Llíria de las peticiones dirigidas por la actora en escrito de fecha 21 de noviembre de 2001, que consistían en la solicitud de iniciación del procedimiento de reversión de bienes y el abono de determinadas cantidades como resultado de la liquidación de la concesión de la que era titular (recibos pendientes de pago, valor de activos revertibles y lucro cesante).

–El Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento, desestimatorio del recurso de reposición en su día formulado por la actora contra la resolución de la Alcaldía de 9 de junio de 2003, por la que se establecía la liquidación de las obligaciones de la concesión administrativa, reclamándose a la recurrente –como consecuencia de tal liquidación– la cantidad de 3.241.463,45 euros.

Las pretensiones que la actora deduce en relación con los actos administrativos recurridos son que se declare que:

1) Los pozos e instalaciones necesarias para el suministro del agua en alta son propiedad de la propiedad de Aquagest Levante, SA.

2) La inexistencia de obligación de la actora de abonar cantidad alguna al Ayuntamiento de Llíria como consecuencia de la extinción de la concesión.

3) El derecho de la actora al percibo de determinadas cantidades del Ayuntamiento por diversos conceptos y en razón de la extinción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

A) Titularidad de los pozos e instalaciones de abastecimiento en alta

El Tribunal Superior de Justicia sostiene que las aguas son de titularidad privada, en base a:

“la cuestión debe resolverse a favor del carácter privado de tales aguas; ello por aplicación de la disposición transitoria 3.2 de la Ley 29/1985, de aguas (que, como se ha dicho, estableció

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 324/2002

FECHA: 6 de septiembre de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. Manuel José Baeza Díaz Portales

DEMANDANTE: Aquagest Levante, SA

DEMANDADO: Ayuntamiento de Llíria y Aqualia

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Disposiciones transitorias 3 y 4 de la Ley 29/1985, de aguas

DOCTRINA: Las aguas del titular de una extinta concesión del servicio público de suministro de agua al municipio son de titularidad privada porque están inscritas en el Registro de la Propiedad a su favor, se encuentran incluidas en el Catálogo de Aguas en cumplimiento de la disposición transitoria 4.2 de la Ley 29/1985 y porque la disposición transitoria 3.2 de la Ley 29/1985, de aguas, estableció como una de las opciones a las que podían acogerse los titulares de derechos sobre aguas privadas procedentes de pozos derivados de la Ley de 13 de junio de 1879 la de mantener tal titularidad privada, aunque sin protección administrativa y quedando “congelados” sus derechos.

El Catálogo (cuya la función no consiente la inscripción de derechos cuyo alcance y contenido se desconozca) no añade ninguna protección administrativa adicional a los derechos demaniales en él inscritos; sí constituye un medio más de prueba de la existencia del aprovechamiento y de sus características, y constituye la vía necesaria para legalizar los aprovechamientos de aguas que continúan siendo privados.

La especial naturaleza de este bien –aguas–, su titularidad privada y su falta de encaje con el fundamento de la reversión, y especialmente con el de la gratuidad de tal reversión (posibilidad de amortización del bien revertible durante el plazo de la concesión), determinan que no pueda considerarse como bien revertible; sin perjuicio –claro está– de que, al quedar las aguas afectas a la prestación

como una de las opciones a las que podían acogerse los titulares de derechos sobre aguas privadas procedentes de pozos derivados de la Ley de 13 de junio de 1879 la de mantener tal titularidad privada, aunque sin protección administrativa y quedando ‘congelados’ sus derechos), y en atención a que las aguas de que ahora se trata están inscritas en el Registro de la Propiedad a favor de la actora –documentos 3.bis.a) y b) de la demanda– y se encuentran igualmente incluidas en el Catálogo de Aguas en cumplimiento de la disposición transitoria 4.2 de la Ley 29/1985.

“En este sentido, aunque la STS de 20 de marzo de 2002 dice que el Catálogo sólo pretende una función fiscalizadora no afectando a la naturaleza dominical de las aguas (pues el Catálogo, a diferencia del Registro de la Propiedad, no es un registro con efectos civiles, sino simplemente administrativos, sin efectos sustantivos sobre las titularidades privadas). En nuestro caso tenemos la inscripción en el Registro de la Propiedad (en la que la actora fundamenta su titularidad privada sobre las aguas, y que no ha sido impugnada por las partes codemandadas), y también debe tenerse en cuenta que una sentencia posterior del Tribunal Supremo (STS de fecha 23 de abril de 2003 –EDJ 2003/25526–) señala que, aunque el Catálogo no añade ninguna protección administrativa adicional a los derechos demaniales en él inscritos, sí constituye un medio más de prueba de la existencia del aprovechamiento y de sus características, constituyéndose en la vía necesaria para legalizar los aprovechamientos de aguas que continúen siendo privados, añadiéndose en tal sentencia que ‘la función del Catálogo no consiente la inscripción de derechos cuyo alcance y contenido se desconozca’ (en el caso de autos, esta inscripción tampoco ha sido impugnada).”

B) Bienes e instalaciones revertibles y no revertibles

Una vez afirmada la titularidad privada de las aguas que ocupan al caso, el Tribunal Superior de Justicia establece:

“la normativa sobre la materia [...] y doctrina jurisprudencial acerca de la misma impone, como consecuencia de la extinción de la concesión, la reversión a la Administración concedente de los bienes e instalaciones necesarios para la prestación del servicio público, así como el carácter gratuito de tal reversión (carácter gratuito éste que más adelante será específicamente tratado).

“Pues bien, siendo ello así, no puede aceptar la sala la tesis de la actora relativa a que únicamente deben considerarse revertibles las instalaciones del abastecimiento que denomina ‘en baja’; y ello habida cuenta que, además de que –conforme alega la Administración demandada– la diferenciación de fases en el abastecimiento de agua que pergeña la actora no tiene reflejo, a los efectos del instituto de la reversión, en ningún tipo de disposición legal, es lo cierto que las llamadas por la recurrente instalaciones de abastecimiento ‘en alta’ son igualmente necesarias para la prestación del servicio, en la medida en que sin ellas no sería factible tal prestación del servicio.”

Aun así justifica y razona el porqué no revierten las aguas y los pozos. El Tribunal Superior de Justicia razona lo siguiente:

“la especial naturaleza de este bien –aguas–, su titularidad privada de acuerdo con la normativa antes expuesta y su falta de encaje con el fundamento de la reversión, y especialmente con el de la gratuidad de tal reversión (posibilidad de amortización del bien revertible durante el plazo de la concesión), determinan que no pueda considerarse como bien revertible; sin perjuicio –claro está– de que, al quedar las aguas afectas a la prestación de un servicio público, deba quedar su titular obligado a que las mismas queden a disposición o afectas a la prestación de tal servicio (aun cuando, al ser de propiedad privada, tenga derecho a percibir la correspondiente contraprestación económica).

de un servicio público, deba quedar su titular obligado a que las mismas queden a disposición o afectas a la prestación de tal servicio (aun cuando, al ser de propiedad privada, tenga derecho a percibir la correspondiente contraprestación económica). Los pozos como bien que tampoco admite reversión (según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, pozo es “hoyo que se hace en la tierra ahondándolo hasta encontrar vena de agua”), al ser consustanciales al elemento de las aguas (es donde éstas se encuentran), deben correr la misma suerte que las propias aguas en lo que hace a su carácter no revertible; mas únicamente los pozos así considerados, no el resto de instalaciones o elementos artificiales que en el mismo puedan incidir, los que entran de lleno en el instituto de la reversión.

“Se acaba de hablar de los pozos como bien que tampoco admite reversión –por las consideraciones precedentemente explicitadas–; mas debe precisarse que es lo que debe entenderse por pozos.

“En este sentido, y según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, pozo es ‘hoyo que se hace en la tierra ahondándolo hasta encontrar vena de agua’, y es en la medida en que los pozos –en tal acepción entendida–, al ser consustanciales al elemento de las aguas (es donde éstas se encuentran), deben correr la misma suerte que las propias aguas en lo que hace a su carácter no revertible; más –se insiste– únicamente los pozos así considerados, no el resto de instalaciones o elementos artificiales que en el mismo puedan incidir, los que –por lo ya razonado– entran de lleno en el instituto de la reversión.”

C) Las cantidades reclamadas por el Ayuntamiento

Los criterios generales sostenidos por el Tribunal Superior de Justicia son:

–“la procedencia de la reversión de todas las instalaciones del suministro denominado ‘en alta’.”

–“Es aplicable la doctrina jurisprudencial acerca de la reversión gratuita (que se fundamenta, en esencia, en la obligación de amortización de los bienes revertibles durante el plazo concesional, se haya o no producido final y efectivamente dicha amortización), y debe tenerse en cuenta que el artículo 164 de la LCAP exige que, en el momento de finalización del plazo contractual, los bienes e instalaciones reviertan a la Administración ‘en el estado de conservación y funcionamiento adecuados’.”

–“el concesionario tiene la obligación de entregar los bienes e instalaciones en buen estado de conservación y funcionamiento (y, correlativamente, la Administración tiene el derecho de recibirlos en tales condiciones), el incumplimiento por el concesionario de tal obligación debe dar lugar a la responsabilidad reparatoria o resarcitoria correspondiente.”

–“a pesar del larguísimo plazo que ha durado la prestación del servicio por la actora (que se remonta al año 1917, quedando regulada la concesión administrativa desde 1925), lo cierto es que la expiración de la concesión por cumplimiento de su plazo y sucesivas prórrogas y regímenes transitorios dio lugar a un acto administrativo que (desestimados o inadmitidos los recursos judiciales frente al mismo interpuestos por la actora) ostenta la cualidad de firme.”

D) Reclamación administrativa relativa a la inversión requerida para subsanar el estado de las tuberías y el parque de contadores

El Tribunal Superior de Justicia considera que:

“Lo relevante para determinar la necesidad de sustitución o reparación de las tuberías no puede ser –exclusiva o principalmente– la edad de las mismas (salvo que ésta fuere ya centenaria), sino su estado real y, en definitiva –que es lo que aquí interesa–, si las tuberías están o no en buen estado de funcionamiento.

“Para determinar tal capital dato, lo que se precisaría –lógicamente– es un informe técnico que evidenciara tal hecho, pero no una mera deducción de necesidad de sustitución en atención a uno sólo (y, probablemente, no el más importante) de los elementos a considerar a la hora establecer el estado de las tuberías.

“Por ello, y no existiendo tal informe, ni–por tanto– la constatación de que las tuberías no se encuentren en buen estado de funcionamiento, habrá de otorgarse en este punto la razón a la recurrente.

“[...] A idéntica conclusión cabe llegar en lo que hace a la inversión necesaria (según el Ayuntamiento de Llíria –que se basa en el informe de ICOSA–) respecto de la inversión requerida para la corrección del estado del parque de contadores.”

E) Pozos, depósitos y válvulas

El Tribunal Superior de Justicia establece:

“Distinto desenlace ofrece el tratamiento de las partidas relativas a las inversiones requeridas para subsanar –por un lado– el estado de los pozos y depósitos, y –por otro– el estado de las válvulas.

“Ello debe ser así, por cuanto que –a diferencia de lo que sucede con los anteriores conceptos– aquí sí contamos con un informe que centra sus conclusiones directamente en la inspección de los elementos de que se trata y en la verificación de su estado; sin que exista otro dictamen o contrainforme de la actora que rebata las deficiencias imputadas en el informe del Ayuntamiento (el informe del catedrático Sr. Braulio, aunque realiza algunas consideraciones respecto del informe del Ayuntamiento, nada dice sobre el real estado de los pozos, depósitos y válvulas); es decir, las deficiencias imputadas en un informe no son contradichas en el otro.”

F) Liquidación por bienes e instalaciones revertibles

Desestima la pretensión de la actora en base a:

“Partiendo de que todas los bienes e instalaciones afectos a la prestación del servicio público de abastecimiento de agua potable (a excepción de los pozos y las propias aguas o caudales de los pozos) se han considerado como revertibles, no puede sino rechazarse esta reclamación de la actora en atención a la ya expuesta doctrina jurisprudencial sobre la reversión gratuita, que se fundamenta (como ya se ha visto –siendo uno de sus ejemplos la STS de 25 de mayo de 2000–) en estimar que el concesionario ha amortizado el coste de las instalaciones sujetas a reversión o ha debido amortizarlo, resultando indiferente al respecto que la empresa concesionaria las haya o no amortizado.

“Objeta la actora, no obstante, que tal doctrina no es aplicable en nuestro supuesto, ya que la misma está prevista para los casos de concesión con plazo cierto, lo que no sería del caso (al no tratarse la de autos de una concesión con plazo determinado), con lo que no sería imputable al concesionario la no-amortización o la falta de dotación del denominado ‘fondo de reversión’, pues la concesionaria estaba confiada en un plazo superior al en que se extinguió la concesión.

“No puede, sin embargo, aceptarse esta tesis de la actora, y ello habida cuenta que –se reitera–, además del larguísimo período de tiempo en que ha estado vigente la prestación del

servicio por parte de la actora, la expiración de la concesión por cumplimiento de su plazo, y sucesivas prórrogas y regímenes transitorios, dio lugar a un acto administrativo en tal sentido que ostenta la cualidad de firme.”

G) Derecho de la actora a percibir del Ayuntamiento el correspondiente precio por el agua suministrada y pretendido lucro cesante

El Tribunal Superior de Justicia estima parcialmente la petición de acuerdo con el razonamiento siguiente:

“Una, referida a su postulado derecho al cobro al Ayuntamiento del correspondiente precio por el agua suministrada para la prestación del servicio público. Tal petición debe ser estimada (desde la fecha de extinción de la concesión –31 de enero de 2001– y mientras perdure la situación actual) en atención a las conclusiones más arriba establecidas acerca de la titularidad privada de las aguas y su carácter de bien no reversible a la Administración. Sentado ello, lo único que restaría determinar en relación con esta petición es cuál haya de ser ese correspondiente precio; cuestión que debe resolverse con el informe –ratificado y aclarado dentro del período probatorio del presente procedimiento– emitido por el catedrático Sr. Braulio, el que señaló que los 0,080 euros/m³ fijados en su informe pueden ser considerados como un precio razonable en términos de mercado; informe y aclaraciones de su autor que no han sido contradichas de manera adecuada e idónea (mediante el correspondiente contrainforme técnico o aportación –por otro tipo de medios– de datos constatados que desvirtúen el informe de referencia) por la Administración demandada.

“Y la otra circunscrita a la reclamación de 1.694.854,13 euros, como lucro cesante, y para el caso de que se estimase que la actora tenía derecho a ser concesionaria hasta el año 2024. Como quiera que esto último ha sido expresamente rechazado, cae el presupuesto en que se basa esta petición, y con él la misma.”

Por todo ello el Tribunal Superior de Justicia estima parcialmente el recurso con indicación que la liquidación debe realizarse de acuerdo con los criterios desgranados en la sentencia, declarando la titularidad de la actora de los pozos y su derecho a percibir del Ayuntamiento de Llíria la cantidad de 0,080 euros/m³ por el agua suministrada para la prestación del servicio público desde el 31 de enero de 2001 y hasta tanto persista la actual situación.

7. Urbanismo, medio ambiente y vivienda

Tribunal Supremo. La ejecución urbanística concedida por el Ayuntamiento al agente urbanizador reúne las características de una obra pública y tiene la naturaleza propia de un contrato de obras

SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó, con fecha 1 de julio de 2003, una sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo por dos personas particulares y anula la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Paterna de 29 de abril de 1999, por la que se aprobó el Programa de Actuación Integrada del Sector 7 del suelo urbanizable del PGOU de Paterna y se designa un agente urbanizador.

El Ayuntamiento de Paterna recurrió la sentencia en casación en base a dos motivos:

–Infracción del artículo 27.1 de la LJ por no haber cumplido dicho tribunal con su deber de suspender el pronunciamiento de la sentencia hasta tanto se plantease la cuestión de ilegalidad en los términos establecidos por el propio precepto.

–Infracción de lo dispuesto en los artículos 36, 130 y 158.2 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, por considerarlos prevalentes al articulado de la Ley valenciana 6/1994, reguladora de la actividad urbanística (concretamente el artículo 29.8), con indebida aplicación de Derecho comunitario.

La argumentación del segundo motivo es:

–Los preceptos legales básicos de la LCAP, que no innovan el ordenamiento, no pueden tener el efecto de desplazar la aplicación de otro precepto legal.

–El convenio entre el Ayuntamiento y el urbanizador no es un contrato administrativo típico o nominado de la Ley de contratos de las administraciones públicas.

–Existe una clara diferencia entre el caso español y el caso Scala italiano, en cuanto a la naturaleza y el contenido de la prestación.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Supremo se remite a sus sentencias de 28 de octubre de 2006 (recurso de casación 4245/2003), 27 de marzo de 2007 (recurso de casación 6007/2003) (RJ 2007, 3149) y 6 de junio de 2007 (recurso de casación 7376/2003) (RJ 2007, 4829), en las que ya ha establecido la aplicabilidad de los preceptos de la Ley de contratos de las administraciones públicas a las adjudicaciones de los programas de actuación llevadas a cabo conforme al ordenamiento urbanístico valenciano, configurado a partir de la entrada en vigor de la aludida Ley autonómica 6/1994.

Estas sentencias avalan el criterio de la sentencia recurrida en casación. El Tribunal Supremo afirma:

“el criterio interpretativo de la sala sentenciadora no es otro, en síntesis, que el de sostener que, en materia de contratación administrativa, corresponde al Estado la legislación básica y a la Comunidad Autónoma Valenciana la de desarrollo en el ámbito de las competencias que tiene expresamente atribuidas, de manera que las posibles contradicciones entre la Ley autonómica valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística, y la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, deben resolverse siempre desde la perspectiva de esta última, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.3 de la Constitución, según el cual “la competencia sobre materias que no se hayan asumido por los estatutos de autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las comunida-

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 10/2004.

FECHA: 27 de diciembre de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate

DEMANDANTE: Particulares

DEMANDADO: Ayuntamiento de Paterna

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 36, 130 y 158.2 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, y artículo 29 de la Ley valenciana 6/1994, reguladora de la actividad urbanística

DOCTRINA: La ejecución urbanística concedida por el Ayuntamiento al agente urbanizador reúne las características de una obra pública y tiene la naturaleza propia de un contrato de obras.

La adjudicación del programa sin respetar los preceptos básicos de la Ley de contratos de las administraciones públicas es nula.

Lo anterior no abroga precepto alguno de la ya derogada Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística, que se limita a declarar que en las adjudicaciones de los programas de actuación integrada se debe imponer al agente urbanizador adjudicatario la constitución de una garantía definitiva por importe del 4 por ciento de la cuantía de adjudicación a disposición del órgano de contratación.

des autónomas en todo lo que no esté expresamente atribuido a la exclusiva competencia de éstas’.”

En cuanto a la necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley autonómica 6/1994, reguladora de la actividad urbanística, el Tribunal Supremo afirma que el recurrente carece de razón:

“porque el artículo 5.3 de la Ley orgánica del poder judicial dispone que ‘procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional’, y en este caso el actuar de la sala de instancia ha sido el preconizado, entre otras, en nuestra sentencia de fecha 4 de enero de 2007 (recurso de casación 4839/2003) (RJ 2007, 473), al haber llevado a cabo la exégesis de los preceptos legales y reglamentarios autonómicos en armonía con la legislación estatal básica.”

Cierra la cuestión del siguiente modo:

“la ejecución urbanística concedida por el Ayuntamiento al agente urbanizador reúne las características de una obra pública y tiene la naturaleza propia de un contrato de obras [...] y, dado que la adjudicación a aquél del Programa en cuestión no ha respetado preceptos básicos del Texto refundido de la Ley de

contratos de las administraciones públicas, la anula, con lo que, al así resolver, no abroga precepto alguno de la Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística, ni infringe lo dispuesto en los artículos 36, 130 y 158.2 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, sino que, por el contrario, en estricta aplicación de lo establecido en el Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana, aprobado por la Ley orgánica 5/1982, de 1 de julio, y en el artículo 149.3 de la Constitución, se limita a declarar que en las adjudicaciones de los programas de actuación integrada se debe imponer, de acuerdo con el artículo 36 del citado Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, al agente urbanizador adjudicatario la constitu-

ción de una garantía definitiva por importe del 4 por ciento de la cuantía de adjudicación a disposición del órgano de contratación, criterio, por tanto, acorde no sólo con la orientación jurisprudencial de esta sala del Tribunal Supremo, a que hemos hecho alusión, sino también con la doctrina interpretativa de Directiva 93/37/CEE, plasmada en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2001, que se cita y transcribe en la propia sentencia recurrida con un alcance e interpretación correctos, en contra del parecer de la representación procesal del Ayuntamiento recurrente, cuyo segundo motivo de casación tampoco puede prosperar."

Por todo ello, desestima el recurso de casación e impone al Ayuntamiento recurrente las costas procesales causadas hasta el límite, por el concepto de honorarios de abogado de la comparecida como recurrida, de ocho mil euros.

Tribunal Supremo. El artículo 47.1.i) de la LBRL no exige mayoría absoluta para rechazar la aprobación del planeamiento, sino que basta que la propuesta no obtenga la mayoría absoluta para que se entienda rechazada, cualquiera que haya sido el resultado de la votación. En otro caso, podría debatirse en sucesivas e infinitas ocasiones sin que pudiera conseguirse la mayoría necesaria ni para la aprobación ni para el rechazo del Plan

SUPUESTO DE HECHO

El Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Burgos de fecha 29 de noviembre de 2001 denegó la aprobación provisional de la modificación puntual del Plan general de ordenación urbana municipal para clasificar como urbanizables dos nuevos sectores con ordenación detallada, denominados 5-27 y 5-28.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) estimó en parte el recurso contencioso-administrativo que se formuló contra el anterior acuerdo, y declaró nulo de pleno derecho el acuerdo impugnado (con retroacción de actuaciones), al no haber sido adoptado por mayoría absoluta de los miembros de la corporación, tal como exige el artículo 47.1.i) de la Ley de bases de régimen local.

Contra esa sentencia, el Ayuntamiento de Burgos formuló un recurso de casación fundamentado en tres motivos de casación.

El Tribunal Supremo estima el relativo a la infracción del artículo 47.3.i) de la LBRL, por entender que exige mayoría cualificada para las aprobaciones de planes o instrumentos de planeamiento, pero no para su denegación.

La estimación de este motivo conlleva la revocación de la sentencia recurrida y se dicta otra de desestimatoria del fondo del asunto que la sustituye.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Supremo hace una breve reseña de la evolución legislativa del artículo 47.3.i) de la Ley de bases, que establece una mayoría reforzada para la adopción de ciertos acuerdos por las corporaciones locales. Afirma:

"En su redacción originaria exigía el voto favorable de 2/3 del número de hecho y, en todo caso, de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones para la adopción de acuerdos en materia de 'planes e instrumentos de ordenación urbana'. Con la modificación del RDL 5/1996, de 7 de junio, y la Ley 7/1997, de 14 de abril, se exigió la misma mayoría para adoptar acuerdos sobre 'aprobación inicial del planeamiento general y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los planes e instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística'. Más tarde, la Ley 11/1999, de 21 de abril (vigente cuando se adoptó el acuerdo aquí impugnado), exigió mayoría absoluta para 'los acuerdos que corresponda adoptar a la corporación en la tramitación de los instrumentos

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 9934/2003

FECHA: 7 de noviembre de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil

DEMANDANTE: Ayuntamiento de Burgos

DEMANDADO: Empresa mercantil

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 47.1.i) de la LBRL

DOCTRINA: El artículo 47.1.i) de la LBRL no exige mayoría absoluta para rechazar la aprobación del planeamiento, sino que basta que la propuesta no obtenga la mayoría absoluta para que se entienda rechazada, cualquiera que haya sido el resultado de la votación. En otro caso, podría debatirse en sucesivas e infinitas ocasiones sin que pudiera conseguirse la mayoría necesaria ni para la aprobación ni para el rechazo del Plan.

de planeamiento general previstos en la legislación urbanística." (Esta redacción ha permanecido idéntica en la posterior modificación operada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre.)

El precepto, en la redacción aplicable, dice el Tribunal Supremo:

"exige la mayoría absoluta no para adoptar acuerdos con referencia a cualquier clase de plan o instrumento urbanístico, sino sólo para los que se refieran al planeamiento general."

Finalmente establece la interpretación del precepto:

"Ahora bien (y con esto ya entramos en la esencia del motivo) la exigencia de la mayoría absoluta necesita una explicación, ya que la terminología simple oculta a veces la verdad jurídica, pues si el acuerdo del Ayuntamiento hubiera dicho 'se entienda rechazada la aprobación provisional de la modificación del Plan', quizá entenderíamos más sencillamente la exigencia legal que diciendo, como dice, 'se deniega la aprobación provisional'.

En efecto, no es que para rechazar la aprobación provisional se exija mayoría absoluta, sino que basta que la propuesta no obtenga la mayoría absoluta para que se entienda rechazada, cualquiera que haya sido el resultado de la votación. En otro caso, podría debatirse en sucesivas e infinitas ocasiones sin que pudiera conseguirse la mayoría necesaria ni para la aprobación ni para el rechazo del Plan.

“En la ocasión de autos la propuesta de modificación del Plan general no obtuvo a su favor la mayoría absoluta, y por ello quedó rechazada, sin más. Esta es la única interpretación lógica y operativa que consiente el artículo 47.3.i) de la Ley de bases de régimen local.”

Al estimar el motivo de revocar la sentencia impugnada, resuelve desestimar el recurso porque:

“el Ayuntamiento no está obligado a otorgar la aprobación provisional por el mero hecho de que haya existido aprobación inicial, y, por otro, el ordenamiento jurídico nunca ha despojado a la Administración para evitar desarrollos urbanísticos en suelos que entienda inadecuados para ello.”

El Tribunal Supremo establece que:

–“la mera existencia del trámite de información pública es prueba de que la aprobación provisional no es un acto debido

[...] y con mucha más razón cuando es el propio promotor el que entiende que la aprobación inicial se ha producido por silencio administrativo positivo.”

–“el Ayuntamiento de Burgos (no viene) obligado a aprobar provisionalmente una modificación de su Plan general para hacer urbanizables unos terrenos que su propio Plan general ha querido preservar del desarrollo urbano, porque, conforme a nuestra sentencia de 11 de mayo de 2007, los ayuntamientos nunca han sido despojados para dirigir la política urbanística municipal y para encauzar el desarrollo urbano conforme a las exigencias del interés público; y ello, incluso, en el período de vigencia del Real decreto ley 4/2000.”

Por todo ello, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Burgos y en consecuencia revoca la sentencia y desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Burgos de fecha 29 de noviembre de 2001, que denegó la aprobación provisional de la modificación puntual del Plan general de ordenación urbana para clasificar como urbanizables dos nuevos sectores con ordenación detallada denominados S-27 y S-28.

Tribunal Supremo. Es posible anular un plan urbanístico en un recurso indirecto en el que se alegan defectos formales (falta de audiencia y notificación al Ministerio de Defensa de las determinaciones de un plan que declaran incompatible la actividad de campo de tiro y prevén su cese en un determinado período de tiempo) si la ilegalidad de forma se proyecta sobre el acto concreto de aplicación que se somete a la revisión jurisdiccional y la anulación de las determinaciones del plan sólo afecta al recurrente

SUPUESTO DE HECHO

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de septiembre de 2003 establece:

“Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre y representación del Ministerio de Defensa contra el acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Gavà de 12 de marzo de 1998, acuerdo que anulamos y dejamos sin valor ni efecto jurídico alguno, así como las disposiciones contenidas en el Plan especial de protección del medio físico y del paisaje del Espacio Natural del Garraf que consideren incompatible el uso del citado campo de tiro y ordene el cese de tal actividad.”

En el recurso, la Administración General del Estado impugna el acuerdo del Ayuntamiento e indirectamente el Plan especial de protección del medio físico y del paisaje del Espacio Natural del Garraf, aprobado en fecha de 29 de julio de 1986.

Los antecedentes son:

–El 22 de junio de 1973 se formalizó un contrato entre la Administración del Estado y el propietario de los terrenos, en cuya virtud éste los arrendaba a aquélla por un período de 20 años, para ser destinados a campo de tiro de la guarnición de Barcelona, suscribiéndose un nuevo contrato de arrendamiento con el mismo objeto el día 5 de noviembre de 1992, esta vez con una duración de 7 años y 6 meses a contar desde el 1 de julio de 1993.

–La Orden del Ministerio de Defensa de 4 de junio de 1980, publicada en el *Diario Oficial del Ejército* del siguiente día 19, estableció la zona de seguridad de la instalación, a los efectos prevenidos en el Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, de 10 de febrero de 1978, de desarrollo de la Ley de 12 de marzo de 1975, considerando incluida la instalación a sus efectos en el grupo quinto.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 9657/2003

FECHA: 25 de octubre de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

DEMANDANTE: Administración General del Estado

DEMANDADO: Ayuntamiento de Gavà y Administración General de la Generalitat de Catalunya

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, así como su Reglamento ejecutivo, aprobado por el Real decreto 689/1978, de 10 de febrero

DOCTRINA: Es posible anular un plan urbanístico en un recurso indirecto en el que se alegan defectos formales (falta de audiencia y notificación al Ministerio de Defensa de las determinaciones de un plan que declaran incompatible la actividad de campo de tiro y prevén su cese en un determinado período de tiempo) si la ilegalidad de forma se proyecta sobre el acto concreto de aplicación que se somete a la revisión jurisdiccional y la anulación de las determinaciones del plan sólo afecta al recurrente.

—La Consejería de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalitat de Catalunya, mediante resoluciones de 29 de julio y 16 de diciembre de 1986, aprobó el Plan especial de protección de medio físico y del paisaje del Espacio Natural del Garraf, que dispone el cese, en un plazo máximo de 10 años a partir de su publicación, de las actividades desarrolladas en la subzona de la Zona de Tratamiento Especial, donde se encuentra instalado el campo de tiro, al considerarlas incompatibles con las finalidades básicas del Plan.

—El Ayuntamiento de Gavà dictó la resolución de 12 de marzo de 1998, impugnada, en la que requiere el cese de la actividad de campo de tiro militar.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Supremo resolverá el primer motivo de casación confrontando los intereses en presencia y proyectando los previstos como prevalentes en la atribución de competencias en la Constitución.

En el primer motivo el Ayuntamiento considera infringida la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, así como su Reglamento ejecutivo, aprobado por el Real decreto 689/1978, de 10 de febrero, que distinguen entre zonas de interés para la defensa nacional (artículo 2) y zonas de seguridad de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar (artículo 3).

Para el Ayuntamiento la tesis de la sentencia de instancia que vulnera aquellas normas —de la que discrepa y a la que se opone— es que no resulta necesario que una instalación militar goce formalmente de la declaración de zona de interés para la defensa nacional, para ser considerada representativa del interés superior, y, por tanto, prevalente frente a los intereses medioambientales. El campo de tiro de Gavà no goza de tal declaración de zona de interés y simplemente fue incluido en el citado grupo quinto de las instalaciones militares mediante Orden del Ministerio de Defensa 10/1980, de 4 de junio, y, por ello, para el Ayuntamiento debe prevalecer la competencia medioambiental.

El motivo para el Tribunal Supremo no puede prosperar porque olvida la afirmación clave que sustenta la sentencia de instancia, que según el Tribunal Supremo es:

“el concreto campo de tiro del Garraf es una instalación en todo caso representativa de tal interés (general para la defensa), siendo notorio que constituye o puede constituir una base permanente o un apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas necesarias para tal fin’. Por el contrario, la base esencial de la argumentación del Ayuntamiento recurrente, distinguiendo entre los dos conceptos que conocemos (zonas declaradas de interés para la defensa nacional y simples instalaciones militares), no constituye un punto de partida o un elemento determinante de cara a la confrontación de los intereses en cada caso en conflicto, ya que lo determinante, desde la perspectiva de la valoración de intereses que nos ocupa, es realmente la consistencia e importancia de los mismos en comparación con otros, igualmente respetables, pero que —por las singularidades del caso concreto— han de ceder frente a los primeros.”

El Tribunal Supremo, a partir de lo anterior, se reafirma y reitera en la doctrina de la STS de 15 de junio de 1993 (Asunto Polígono de Tiro de Anchuras), que establece que:

“El artículo 137 de la Constitución delimita el ámbito de autonomía de los distintos entes territoriales en que se organiza el Estado, circunscribiéndolo a la gestión de sus intereses respectivos. La jurisprudencia de este Tribunal (STS de 17 de noviem-

bre de 1986 [RJ 1987, 407], 14 de marzo de 1988 [RJ 1988, 2164], 13 de julio de 1990 [RJ 1990, 6034] y 30 de enero de 1991 [RJ 1991, 614]) ha utilizado el criterio del interés respectivo (STC 4/1981, de 2 de febrero [RTC 1981, 4]) para una definición positiva y negativa de la autonomía municipal, afirmando que —positivamente— la autonomía municipal significa un derecho de la comunidad local a la participación, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de las materias o asuntos de que se trate y —negativamente— que la autonomía no se garantiza por la Constitución para incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la nación o sobre otros intereses generales distintos de los propios de la entidad municipal. Es claro, en efecto, que los intereses nacionales prevalecen, en caso de conflicto, sobre el interés municipal (STC 123/1988, de 23 de junio [RTC 1988, 123], 170/1989, de 19 de octubre [RTC 1989, 170], y 133/1990, de 19 de julio [RTC 1990, 133]).

“[...] También en forma reiterada ha afirmado este Tribunal, en supuestos de conflicto de actos municipales con las competencias exclusivas del Estado en materia de defensa y fuerzas armadas (artículo 149.1.4 de la CE), que la intromisión en las competencias que al Estado atribuye la Constitución no puede encontrar amparo en el principio de autonomía municipal consagrado en el artículo 137 de la CE, debiéndose anular por vicio legal de incompetencia los actos que incurren en tal invasión (STS de 30 de abril [RJ 1986, 2981], 13 de junio [RJ 1986, 4729], 21 de julio [RJ 1986, 5524] y 3 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 7732]; 9 [RJ 1987, 2913] y 17 febrero 1987 [RJ 1987, 3199] y 3-2-1988 [RJ 1988, 688]). El mismo criterio se desprende de la STC 56/1986, de 13 de mayo (RTC 1986, 56).”

La conclusión en el caso concreto es que:

“ni en el recurso seguido en la instancia ni ante este Tribunal se han acreditado intereses urbanísticos o medioambientales —locales o autonómicos— prevalentes a los de la defensa nacional que el Campo de Tiro del Garraf representa —y la sentencia de instancia proclama—, debiendo, como ya hemos señalado, rechazar el motivo invocado.”

El segundo motivo de casación alega la vulneración de la jurisprudencia que rechaza la invocación de aspectos formales en supuestos de impugnación indirecta del planeamiento. La sentencia recurrida en el apartado f) de su fundamento séptimo, y para anular el Plan especial de protección del medio físico y del paisaje del Espacio Natural del Garraf, aprobado en fecha de 29 de julio de 1986, utiliza el argumento de que la Administración del Estado (Ministerio de Defensa) no tuvo conocimiento de la existencia y preparación del planeamiento de que se trata, al no habersele dado audiencia o solicitado informe previo a la aprobación del Plan.

El Tribunal Supremo también desestima este motivo al amparo de la doctrina sintetizada en las STS de 11 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8588) y 10 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9416), en las que se estableció:

“este Tribunal consideró que el sentido de la Ley era que, con ocasión de la aplicación de cualesquiera disposición general, pudieran depurarse los vicios de ilegalidad en que pudiesen incurrir cuando dicha ilegalidad, se proyectaba sobre el acto concreto de aplicación que se sometía a la revisión jurisdiccional, pues es precisamente en su aplicación concreta cuando más fácilmente se ponen de relieve consecuencias difícilmente advertibles en una consideración abstracta de la norma.

“Sin embargo, ello no suponía transformar la impugnación indirecta de los reglamentos en un procedimiento abstracto de control de normas permanentemente abierto y con independencia de que el vicio advertido se proyectase o no sobre el acto concreto de aplicación, como sucedería si a través de la impug-

nación indirecta se pudiesen plantear los vicios formales o de procedimiento en que pudiera haber incurrido la elaboración de una disposición reglamentaria.

“Por lo contrario, la impugnación de los vicios de procedimiento tiene su sede natural en los recursos directos y en los plazos para ellos establecidos, quedando el recurso indirecto tan sólo para depurar con ocasión de su aplicación los vicios de ilegalidad material en que pudieran incurrir las disposiciones reglamentarias y que afecten a los actos de aplicación directamente impugnados.

“En suma, razones tanto del fundamento del recurso indirecto en el ámbito de las disposiciones reglamentarias como razones de seguridad jurídica, hacen preferible que los posibles vicios de ilegalidad procedimental de los reglamentos tengan un período de impugnación limitado al plazo de impugnación directa de la disposición reglamentaria (sentencias de 17 de junio de 2005 [RJ 2005, 9376] y 21 de abril de 2003 [RJ 2003, 4011], con cita de otras anteriores).”

En definitiva, el Tribunal Supremo afirmará que en el supuesto examinado “sí resulta viable la impugnación del Plan especial de protección del medio físico y del paisaje del Espacio Natural del Garraf, y su anulación en los términos y por los motivos por los que lo ha realizado la sala de instancia. [...] el Ministerio de Defensa no fue informado de la inicial tramita-

ción del Plan, ni de sus sucesivas modificaciones puntuales, pese a ubicarse los terrenos que tiene arrendados en el ámbito del mismo y –lo que resulta más significativo– pese a que el Plan, a partir de una determinada fecha, iba a implicar la desaparición de la actividad desarrollada por la Administración militar [...] lo resuelto por la sentencia de instancia hace referencia, exclusivamente, a las determinaciones del Plan que afectan a la citada actividad de tiro desarrollada por el Ministerio de Defensa. En dichos términos, y en el expresado ámbito de resolución, el motivo formal, cuya aplicación se rechaza en el recurso de casación, estuvo bien aceptado por la sala de instancia. Se trata de un defecto cuyos efectos solo han afectado a quien lo ha utilizado en su impugnación y, por otra parte, la existencia del mismo –falta de audiencia y solicitud de informe– sólo se ha detectado a partir del requerimiento municipal de cese de la actividad”.

Para dar mayor consistencia al argumento se cita la STS de 9 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2626), que sostuvo la necesidad de notificación al Ministerio de Defensa, en la tramitación del Plan de ordenación de recursos naturales del Parque Natural de Doñana, en la que se encontraba la finca denominada Médano del Loro, destinada a campo antiaéreo.

Por ello el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. La definición del suelo urbano consolidado integra la normativa estatal de suelo y la urbanística. En la legislación extremeña (extremo extrapolable a la mayoría de legislaciones autonómicas) se puede calificar el suelo urbano como no consolidado: cuando falta calidad en los servicios existentes que confieren al terreno la condición de urbano, cuando se aumente el aprovechamiento objetivo y cuando se prevea por el planeamiento una nueva urbanización o la reforma de la existente, con transformación de suelo que aún no tenga los servicios esenciales o sean inadecuados para la nueva ordenación

SUPUESTO DE HECHO

Viapark CLF, SL interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura, de 12 de abril de 2005, publicada en el *Diario Oficial de Extremadura* de 26 de julio, por la que se aprobaba definitivamente la Revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal de La Garrovilla (Badajoz).

La recurrente solicita que se declare la nulidad de la Revisión de las mencionadas Normas y se declare el derecho de la recurrente a que los terrenos de su propiedad pertenecientes a la antigua fábrica azucarera sean declarados como urbanos consolidados, con la consecuencia de que no se integren en la unidad discontinua prevista en el planeamiento que integra los terrenos e instalaciones de su propiedad y una zona verde de 40.360 m².

Los antecedentes son:

–Antes de iniciarse el proceso de revisión del planeamiento los terrenos constituían la ubicación de una industria de grandes dimensiones destinada a la obtención de azúcar que había cesado, dejando los terrenos en situación de inactividad.

–Sobre esos terrenos se procedió a la segregación de algunas zonas.

–La recurrente adquirió la finca matriz, donde se encontraban las instalaciones de la antigua industria, y la destinó a centro logístico de almacenaje y distribución por carretera y ferrocarril, dado el acceso de línea férrea a las instalaciones.

–Los terrenos de la recurrente, en la aprobación inicial, integraban la Unidad de Ejecución número 2, calificándose como

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1^a. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 959/2005

FECHA: 27 de septiembre de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. Wenceslao Olea Godoy

DEMANDANTE: Empresa privada

DEMANDADO: Junta de Extremadura

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 9 de la Ley extremeña 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura

DOCTRINA: La definición del suelo urbano consolidado integra la normativa estatal de suelo y la urbanística. En la legislación extremeña (extremo extrapolable a la mayoría de legislaciones autonómicas) se puede calificar el suelo urbano como no consolidado: cuando falta calidad en los servicios existentes que confieren al terreno la condición de urbano, cuando se aumente el aprovechamiento objetivo y cuando se prevea por el planeamiento una nueva urbanización o la reforma de la existente, con transformación de suelo que aún no tenga los servicios esenciales o sean inadecuados para la nueva ordenación.

suelo urbano con la condición particular de someterse a la redacción de un estudio de detalles.

—Los terrenos que se habían segregado de la antigua azucarera se habían transmitido a la corporación municipal para la ejecución de viviendas y aparecían como terrenos también urbanos.

—En el informe del redactor del proyecto originario de Revisión, se hacía referencia a que “el abandono de las instalaciones de la fábrica azucarera [...] ha surgido una nueva iniciativa industrial que necesita la totalidad de estas 14,5 hectáreas para realizar su actividad atraída entre otros motivos por su situación privilegiada respecto de la línea de ferrocarril”, iniciativa que no era otra que la de la recurrente.

—Frente a ese criterio inicial, que no prosperó, y con el devenir procedimental, se termina por establecer en la Memoria de la Revisión que es finalmente aprobada provisional y definitivamente, que “el abandono de la fábrica de azúcar ha provocado la existencia de un suelo industrial no adaptado a las necesidades actuales del municipio y que es necesario reformar para su adecuación a otros tipos de industrias”.

—Pese a que en las instalaciones se venía desarrollando la actividad de distribución y almacenamiento, esas consideraciones sobre el abandono y falta de expectativas que se dice que existían sobre los terrenos de la Unidad de Ejecución número 2, conlleva alterar su inicial configuración y se configura como discontinua añadiendo a los terrenos a que habían quedado reducida las instalaciones de la azucarera, una zona separada de ellos por la carretera que discurre por su límite, de una superficie de 40.360 m², calificados como zona verde e integrados, como se ha dicho, dentro de la misma Unidad de Ejecución.

—En esa delimitación sí se admite que existen “nuevas expectativas en el municipio de instalar una nueva gran industria en los terrenos que ocupaba la antigua azucarera [...] tiene por objetivo —la delimitación de la Unidad— el establecimiento de una gran zona verde al otro lado de la carretera”.

Así pues, señala el Tribunal Superior de Justicia:

“manteniendo los terrenos la misma calificación y clasificación, se altera sustancialmente la delimitación de la Unidad con la incorporación de esa importante zona verde; sin que se altere el terreno que se había segregado.”

El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura estima parcialmente el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Superior de Justicia, para determinar el régimen jurídico del suelo urbano consolidado y no consolidado, afirma:

“El esquema primario de la normativa básica respecto de la configuración del suelo urbano ha de ser completado por la normativa autonómica, en concreto y por lo que a nuestra comunidad autónoma se refiere, por el artículo 9 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura [...] en el párrafo segundo del precepto (se precisa) la distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado, al establecer que ‘deberá atribuirse la condición de suelo urbano no consolidado a los terrenos a que se refiere la letra b) del apartado anterior, y también los de la letra a) cuando, para su urbanización o reurbanización en los términos dispuestos por el planeamiento: a) Sean sometidos a operaciones de reforma o renovación urbanas, incluidas las dirigidas al establecimiento de dotaciones de cesión obligatoria y gratuita, que deban ejecutarse mediante unidades de actuación urbanizadora. b) Su urbanización o nivel de dotaciones públicas existentes no comprenda todos los servicios precisos o no tengan la proporción adecuada, respectivamente, o unos u otras no cumplan los requerimientos establecidos por los criterios de ordenación

Si se trata de imponer condicionantes de estándares urbanísticos para el suelo urbano y, conforme a ellos, imponer la necesidad de configurarlos como no consolidados, ello debe realizarse en relación con todo el suelo urbano del municipio, y no sólo para unos concretos terrenos para imponerles a éstos cesiones de zonas verdes, a través de la delimitación de unidades discontinuas.

Los tribunales no pueden declarar los terrenos como urbanos no consolidados porque, a diferencia de lo que sucedía anteriormente en cuanto a la clasificación del suelo urbano, en la actualidad la subclasificación de éste en consolidado o no comporta una discrecionalidad de la planificación que los tribunales no pueden condicionar.

urbanística. c) Se les atribuya un aprovechamiento objetivo superior al existente realmente, cuya materialización requiera, por exigirlo el Plan general municipal, la delimitación previa de unidades de actuación discontinuas’.

“En cuanto a las dos últimas condiciones del suelo urbano no consolidado son lógicas por estar referidas; bien a la falta de calidad de los servicios existentes que le confieren al terreno la condición de urbano; bien cuando se aumente el aprovechamiento objetivo. En ambos supuestos, bien aquel déficit o ese aumento de aprovechamiento, bajo los criterios de igualdad y distribución de cargas y beneficios que está en la base de la planificación, impone someter esos terrenos al régimen de cesiones que exige el completar o adecuar la urbanización.

“Mayores problemas ofrece el primero de los supuestos del suelo no consolidado a que se hace referencia en el apartado segundo de este artículo 9. En efecto, la referencia a esas actuaciones de ‘reforma o renovación’ vinculada a ‘dotaciones’ que comporten el deber de cesiones, suponen imponer sobre los propietarios de suelo urbano propiamente consolidado su adscripción a los no consolidados con la sujeción a un régimen que pueden afectar a la justa distribución de derechos y cargas que está en la base de la planificación por su vinculación a un régimen bien distinto, entre ellos imponiéndole cesiones que si son innatas al no consolidado no pueden servir para hacer pasar el consolidado a aquella categoría.

“[...] sólo cuando se prevea por el planeamiento una nueva urbanización o la reforma de la existente con transformación de suelo que aun no tenga los servicios esenciales o sean inadecuados, puede incluirse en esas unidades de ejecución y, en definitiva, formar parte del suelo no consolidado por la vía del párrafo 2.c) del antes mencionado artículo 9.”

Una vez examinado el régimen legal presta especial atención a la realidad existente y a las previsiones del planeamiento sobre esa realidad. El Tribunal Superior de Justicia afirma:

“es indudable que en el caso de autos debe considerarse como hechos determinantes que las instalaciones nunca dejaron, al menos desde la redacción inicial de la Revisión, de estar destinadas a la actividad de una Industria de grandes dimensiones, lo que se consideró —y se considera— oportuno mantener el destino del terreno a que habían quedado reducidas las originarias instalaciones de la azucarera; así resulta de la misma motivación de las originarias aprobación inicial de la Revisión y resulta acreditado en fase probatoria.

“No se trata pues, como en la motivación de la aprobación definitiva se postula, de que las instalaciones fueron desmanteladas y se trata de reinstalar otra gran industria, sino que, al

menos desde el inicio de la tramitación de la Revisión, esas instalaciones estaban ya en actividad.”

Para resolver el asunto y estimar parcialmente el recurso el Tribunal Superior de Justicia razona del siguiente modo:

–“Es indudable que el artículo 9.2 de la Ley del suelo extremeña habilita al planificador para configurar el suelo urbano como no consolidado con un amplio margen por cuanto [...] se autoriza también la posibilidad de imponer ‘criterios de ordenación urbanística’ discrecionales, que si no están guardados por ese tipo de suelo ya urbano los relega a la condición de no consolidados o imponiendo el establecimiento de dotaciones sometidas a actuación urbanizadora que impongan cesiones obligatorias y gratuitas.”

–“se sostiene en el caso de autos en los informes que sirven de fundamentación a la forma en que se aprobó definitivamente la Revisión es que los servicios existentes son deficientes –lo que no es cierto como ha quedado acreditado en autos– y no se guardan los estándares establecidos por las Normas Subsidiarias, de donde se concluye que conforme al precepto mencionado era procedente la consideración de los terrenos como no consolidados.”

–“existe ya una primera contradicción respecto de esa consideración porque pese al argumento, ninguna determinación en pro de la mejora de los servicios o ampliación de las dotaciones para alcanzar esos estándares se imponen sobre los terrenos de manera concreta.”

–“Lo que se hace es ampliar, como ya se dijo, la Unidad de Ejecución integrando nuevos terrenos, de forma discontinua en

cuanto, contradictoriamente, la carretera que los separa si es urbano consolidado, y esa superficie añadida clasificarla como zona verde, debe entenderse que para salvar la exigencia de los estándares; pero se olvida con ello que esos estándares serían también exigibles de los terrenos ya segregados.”

–“En definitiva, lo que se hace es imponer a los terrenos de autos el deber de soportar la ampliación del suelo urbano con esa nueva zona verde, al amparo de una falta de consolidación de la edificación, a su vez motivada por esa ampliación; cuando es lo cierto que los terrenos estaban destinados a un uso del que nunca dejó de estar en actividad –al menos desde el inicio del procedimiento de Revisión de las Normas– y al que han de quedar preceptivamente adscritos, por lo que carece de fundamento pretender una urbanización acabada que el mismo planeamiento que surge tras la Revisión no contempla.”

“Y es que, en definitiva, si se trata de imponer condicionantes de estándares urbanísticos para el suelo urbano y, conforme a ellos, imponer la necesidad de configurarlos como no consolidados, ello debería haberse realizado para todo el suelo urbano del municipio, y no sólo para los terrenos de autos.”

El Tribunal Superior de Justicia, por todo ello, estima el recurso y declara la nulidad de la resolución impugnada, pero no declara los terrenos como urbanos consolidados porque, a diferencia de lo que sucedía anteriormente en cuanto a la clasificación del suelo urbano, en la actualidad la subclasificación de éste en consolidado o no comporta una discrecionalidad de la planificación que la Sala no puede condicionar.

E) Jurisdicción civil

Tribunal Supremo. La competencia para conocer de la acción directa que prevé el artículo 1597 del CC contra el dueño de la obra, cuando sea una administración pública que es el Estado, corresponde a la jurisdicción civil

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Vandellós y L’Hospitalet de l’Infant adjudicó a Edilfornacai la obra de construcción de un instituto de enseñanza media; en marzo de 1993, la adjudicataria cedió la obra a su filial española Edilfo, SA, quien en marzo de 1993 subcontrató con Rarupe, Construcciones Auxiliares, SL el 64% del total de la obra. Esta última subcontrató con D. Gabino, Comercial Gironés, SCP, Multicanvi, SL, Gilabert Miró, SA y Áridos Mallafre, SL diversas partidas y suministros de la obra, sin que se les hicieran efectivos los diferentes importes.

Estos se dirigieron al Ayuntamiento para que retuviera lo que debiera abonar a Edilfornacai por certificaciones de obra, a lo que se negó el mencionado Ayuntamiento, siempre que la adjudicataria presentase las certificaciones debidamente aprobadas, alegando la aplicación de la normativa administrativa reguladora de los contratos de las administraciones públicas.

Los suministradores demandaron a las empresas Rarupe, Edilfo, SA, Edilfornacai, SCRL Establecimiento Permanente en España, así como al Ayuntamiento de L’Hospitalet de l’Infant y Vandellós, pidiendo que se condenara a los demandados a satisfacerles solidariamente las cantidades debidas.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Reus, de 27 de abril de 1998, estimó la demanda y consideró que la falta de reclamación previa en la vía administrativa no le impedía entrar a examinar el fondo del asunto; que no se producía ninguna falta de legitimación pasiva y, considerando acredi-

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil.

Sección 1ª. Jurisdicción civil. Recurso de casación núm. 3876/2000

SENTENCIA: 1278/2007

FECHA: 12 de diciembre de 2007

PONENTE: Excmo. Sra. Encarnación Roca Trías

DEMANDANTE: Empresa privada

DEMANDADO: Ayuntamiento de Vandellós y L’Hospitalet de l’Infant

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 1597 del CC

DOCTRINA: La competencia para conocer de la acción directa que prevé el artículo 1597 del CC contra el dueño de la obra, cuando sea una administración pública que es el Estado, corresponde a la jurisdicción civil.

tada la existencia de la deuda y que los actores se habían dirigido al Ayuntamiento para que retuviera las cantidades que se les debían, y a pesar de ello, éste siguió pagando a los contratistas, decidió que debía afrontar el pago reclamado.

La sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 15 de mayo de 2000, desestimó la apelación por

entender: *a)* que al no pedirse la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento, no era competente la jurisdicción contencioso-administrativa; *b)* que Edilfornaci y Edilfo eran sociedades del mismo grupo, y siendo la primera la adjudicataria de la obra, ésta fue realizada por la segunda, habiendo sido suscritos ambos contratos por el mismo representante legal; *c)* que el Ayuntamiento admitió la subcontrata con Rarupe y la intervención de los industriales demandantes, siendo autorizada tácitamente la subcontratación; *d)* que debiendo probar el demandado que no debía nada a su contratante, esta prueba no se ha producido en relación con las sociedades demandadas, y *e)* con respecto al Ayuntamiento, porque teniendo conocimiento de las deudas producidas y avisado por los demandantes, se negó a atender el requerimiento y pagó a la adjudicataria el importe pendiente.

Contra esta sentencia se formularon dos recursos de casación, el de la demandada Edilfo, SA y el del Ayuntamiento de L'Hospitalet de l'Infant y Vandellós.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad Edilfo, SA y declara haber lugar al interpuesto por el Ayuntamiento de Vandellós y L'Hospitalet de l'Infant contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, casando la sentencia en el sentido de absolver de la demanda al Ayuntamiento de Vandellós y L'Hospitalet de l'Infant y confirmarla en el resto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

A) No hay incompetencia de jurisdicción

Al resolver el primer motivo de casación de Edilfo SA afirma la competencia de la jurisdicción civil porque no se trata de un litigio para reclamar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento dueño de la obra, sino de la incidencia del cumplimiento de un contrato de obra.

El Tribunal Supremo lo argumenta del modo siguiente:

"No se trata de determinar en este caso si concurrió o no responsabilidad patrimonial de la Administración local por las consecuencias de la obra, cuyas derivaciones son ahora objeto de este litigio, sino de aplicar las reglas del contrato de obra, que numerosa jurisprudencia de esta sala ha considerado que se rige por las normas civiles.

"Así, la sentencia de 18 de julio de 2002 (RJ 2002, 6261), en un supuesto en que se había demandado al Ayuntamiento dueño de la obra, dice que 'la jurisdicción competente es la civil, porque el contrato de obra tiene naturaleza jurídica intrínsecamente de Derecho civil, la entidad pública que contrata actúa como persona jurídica de derecho civil y, en todo caso, el pago del precio del contrato de obra es de naturaleza puramente civil'; lo mismo se afirma en la sentencia de 24 de enero de 2006 (RJ 2006, 259), que con cita de sentencias anteriores señala que 'La acción ejercitada contra la Administración del Estado es la acción directa que prevé el artículo 1597 del CC, y en la demanda se ha ejercitado la acción con el subcontratante Dragados basada en el subcontrato de obra y la acción directa contra el dueño de la obra que es el Estado; ambas acciones tienen la misma causa, que es el subcontrato de obra, de naturaleza civil y pretender que se ejercite la acción contra aquélla en la jurisdicción civil y la acción directa contra éste en la jurisdicción contencioso-administrativa sería tanto como dividir la contingencia de la causa' (ver asimismo la STS de 12 de mayo de 1994 [RJ 1994, 3572], citada en la sentencia reproducida y las allí mencionadas).

A ello debe añadirse que no se trata en este litigio de reclamar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento dueño de la obra, sino de la incidencia del cumplimiento de un contrato de obra, en el que la jurisprudencia de esta sala es constante en admitir la propia competencia."

B) La interpretación jurisprudencial del artículo 1597 del CC

En el tercer motivo de casación de Edilfo, SA se alega infracción del principio de relatividad del contrato consagrado en el artículo 1257 del CC. Al hilo de resolver este alegación, el Tribunal Supremo formula en el fundamento jurídico 4 un resumen de la interpretación jurisprudencial del artículo 1597 del CC. Afirma lo siguiente:

"Desde una ya antigua sentencia de 29 de junio de 1936 (RJ 1936, 1597), esta sala ha venido reconociendo la acción directa a quienes ponen su trabajo, 'sin distinción ni de clase, ni de concepto, ni de calidad, y por ello gramaticalmente incluye a quienes trabajen, sin singularizar que lo realicen manualmente o en otra forma, ni la modalidad de su retribución', lo que incluye asimismo a quienes la sentencia, en terminología de aquel momento, denomina 'subempresarios', quien está también legitimado para reclamar porque su exclusión no está justificada 'si realiza su trabajo manual conjuntamente con otros jornaleros que haya contratado' y esta exclusión 'haría posible, contra toda justicia, el enriquecimiento del dueño de la obra a costa de aquél'.

"Esta sentencia fijó un principio que ha sido seguido de forma generalizada por la jurisprudencia de esta sala en sentencias más modernas. Así la de 6 de junio de 2000 (RJ 2000, 4402), recogiendo en parte la doctrina de la de 2 de julio de 1997 (RJ 1997, 5474), pone de relieve la necesidad de interpretar dicho artículo de forma que contemple la realidad económica actual, muy distinta de la de 1889 y señala que 'el tercero a quien el artículo 1597 del CC (LEG 1889, 27) explícitamente concede la acción directa es a los terceros que ponen su trabajo y materiales. Se interpreta como tercero que interviene en el contrato de obra poniendo trabajo, material o también como subcontratista'. Esta doctrina ha sido ratificada por las sentencias de 27 de julio de 2000 (RJ 2000, 9179), 31 de enero de 2002 (RJ 2002, 2097), 19 de abril de 2004 (RJ 2004, 1563) y 10 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2225), entre otras.

"Ello ha llevado también a la doctrina de esta sala a declarar de forma taxativa que no se aplica en este caso el principio formulado en el artículo 1257 del CC, que aquí se considera también como infringido. La sentencia de 27 de julio de 2000 afirma que 'no cabe estimar que se pueda producir infracción del principio de relatividad del contrato consagrado en el artículo 1257 del CC, porque la norma del artículo 1597 constituye una excepción al mismo. Así se concibió originariamente para atenuar el rigor de la eficacia relativa de los contratos, con basamento en la equidad, y así lo viene entendiéndose la doctrina de esta sala'.

"A esta sentencia deben añadirse las de 29 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7484), 15 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1698), 29 de abril de 1991 (RJ 1991, 3068), 22 de diciembre de 1992, 12 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3572), 2 de julio de 1997 (RJ 1997, 5474), 6 de junio de 2000 (RJ 2000, 4402) y 19 de abril de 2004 (RJ 2004, 1563).

"Finalmente y como requisito de la acción, se requiere que exista un crédito del contratista contra el dueño de la obra, de manera que es la cantidad que éste o el subcontratista deba al contratista, o primer subcontratista en este caso, lo que forma el contenido de la acción (STS de 2 de julio de 1997 [RJ 1997, 5474]); sin embargo, la jurisprudencia de esta sala ha venido considerando que puede ocurrir que la prueba resulte imposible para el demandante, que no conoce las relaciones entre el comitente y el contratista, de manera que exigir esta prueba podría convertir en ilusoria la acción directa después de haberle sido reconocida al subcontratista; por ello se invierte la carga de la prueba y es el dueño de la obra (o el contratista anterior) el que sufre las consecuencias de la falta de prueba de que ha pagado y, por tanto, de que no concurre este presupuesto (STS de 2 de julio de 1997, 28 de mayo de 1999 [RJ 1999, 4115], 6 de junio de 2000 [RJ 2000, 4402], 18 de julio de 2002 [RJ 2002, 6261] y 24 de enero de 2006 [RJ 2006, 259]).

C) Estimación del recurso del Ayuntamiento de L'Hospitalet de l'Infant y Vandellós

La estimación del recurso del Ayuntamiento lo es por infracción del artículo 1597 del CC, dado que consta probado que el Ayuntamiento había satisfecho las cantidades que debía según las certificaciones de obra que la adjudicataria de la misma le iba presentando, "al no existir ya ningún crédito, no es deudor y por lo tanto, no puede reclamársele que pague a los subcontratistas lo que debería a la contratista, simplemente porque nada debe ya".

El razonamiento jurídico es:

"De acuerdo con lo que se ha argumentado en el fundamento cuarto de esta sentencia, para que opere el artículo 1597 se requiere que el demandado, sea dueño de la obra o contratista,

deba alguna cantidad al otro eslabón en la cadena de contratos de obra; la acción directa no puede dirigirse contra uno de los sucesivos contratistas o el dueño de la obra, como ocurre en este caso, cuando hayan cumplido ya sus obligaciones y hayan pagado en la totalidad la parte que le correspondía, simplemente porque no existe crédito que cobrar, que es el requisito exigido en el artículo 1597 del CC para que tenga eficacia la acción directa."

Por ello, el Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida para, en su lugar, absolver de la demanda al Ayuntamiento de Vandellós y L'Hospitalet de l'Infant y confirma la sentencia recurrida en sus restantes pronunciamientos, salvo el relativo a las costas de ambas instancias relativas al Ayuntamiento de Vandellós y L'Hospitalet de l'Infant.

Juzgado de lo mercantil. La Ley de propiedad intelectual protege el derecho moral del autor a la no-alteración de la obra, de quien como arquitecto o ingeniero eleva una obra (pública o privada) que merezca la consideración de creación artística original

SUPUESTO DE HECHO

El técnico redactor del proyecto del puente Zubi Uri (puente blanco en euskera) de unión entre las márgenes de la ría de Bilbao considera que el Ayuntamiento ha alterado su obra y solicita mediante juicio ordinario la condena del Ayuntamiento de Bilbao y las sociedades Vizcaína de Edificaciones, SA (VIDESA) y Lariam 95, SL, a que:

a) Se declare que los demandados han vulnerado su derecho moral a la integridad de su obra, condenándolos a estar y pasar por tal declaración.

b) Se condene a los demandados a cesar en la vulneración de sus derechos de propiedad intelectual y, a tal fin, restituir a su costa el puente Zubi Uri a su estado original, con la consiguiente eliminación de la pasarela y recolocación de la barandilla.

c) Se condene solidariamente a los demandados a satisfacer al actor una indemnización por daños morales en la cuantía que se estime oportuna, cantidad que entiende debería ascender a un mínimo de 250.000 euros.

d) Se condene a los demandados a publicar a su costa el contenido total de la sentencia en dos diarios de máxima difusión a nivel nacional, dos diarios de máxima difusión en el País Vasco y en dos revistas especializadas en arquitectura, de difusión nacional e internacional, respectivamente.

Con carácter subsidiario se solicita, si no se admiten las anteriores peticiones y el juzgado considera que no es posible la demolición de la nueva pasarela, que:

a) Se declare que los demandados han vulnerado el derecho moral del Sr. Sergio a la integridad de su obra, condenando a los demandados a estar y pasar por esa declaración.

b) Se condene solidariamente a los demandados a satisfacer al Sr. Sergio una indemnización por daños morales en la cuantía que se estime oportuna atendiendo a las circunstancias del caso, que debería ascender a la cantidad mínima de tres millones de euros.

c) Se condene a los demandados a publicar a su costa el contenido total de la sentencia en dos diarios de máxima difusión a nivel nacional, dos diarios de máxima difusión en el País Vasco y en dos revistas especializadas en arquitectura, de difusión nacional e internacional, respectivamente.

El juez desestima la demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

A) Es posible la protección del derecho de quien como arquitecto o ingeniero eleva una obra que merezca la consideración de creación artística original

La primera cuestión planteada es si el puente Zubi Uri, diseñado por el demandante, es objeto de protección conforme a lo

ÓRGANO: Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao. Jurisdicción civil. Procedimiento núm. 109/2007 (juicio ordinario)

SENTENCIA: 543/2007

FECHA: 27 de noviembre de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. Edmundo Rodríguez Achutegui

DEMANDANTE: Técnico redactor del proyecto de una obra pública

DEMANDADOS: Ayuntamiento de Bilbao

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 10.1 y 14.4 de la Ley de la propiedad intelectual

DOCTRINA: La Ley de propiedad intelectual protege el derecho moral del autor a la no-alteración de la obra, de quien como arquitecto o ingeniero eleva una obra (pública o privada) que merezca la consideración de creación artística original.

Los legítimos derechos del autor del Zubi Uri, demandante en este procedimiento, han de medirse no sólo por el conflicto que mantiene con el propietario de la obra, el Ayuntamiento de Bilbao, sino atendiendo al interés público al que se destina su creación. Su existencia matiza el alcance de los derechos morales de autor, al situarse en la balanza algo más que intereses privados. Y en tal tesitura, pese a la alteración de la obra, no se considera vulnerado el derecho a la integridad que asiste al autor conforme al artículo 14.4 de la LPI.

dispuesto por el Real decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto refundido de la Ley de propiedad intelectual (LPI), y en consecuencia, si puede reclamarse el derecho a la integridad de la obra teniendo en cuenta que cumple una evidente funcionalidad, la de ser unión entre dos orillas de la ría.

El juzgado ya se manifestó positivamente con ocasión de resolver la cuestión de incompetencia por declinatoria, y las razones en su día expresadas en la sentencia son ratificadas y ampliadas (ver QDL, 15, "Crónica de jurisprudencia. Jurisdicción civil", en el que se sintetiza el auto que desestimó la declinatoria).

B) El derecho moral a la integridad de la obra

Cuando el demandante ejercita su acción lo hace desde el fundamento de un derecho, el de autor, que comprende dos tipos de facultades. Unas, de carácter patrimonial, que se expresan en el plano de las consecuencias económicas de tal dominio, y otras, de naturaleza moral, que otorgan derechos incluso cuando la creación protegida se transmite a un tercero, que pasa a ser propietario de la obra.

El juez afirma:

“La Ley especial que regula esta materia, al desarrollar las escasas previsiones del Código Civil, dispone la existencia del denominado ‘derecho de autor’ cuyo contenido regula en un doble ámbito. Por un lado, una faceta patrimonial, de contenido esencialmente económico, que concreta las previsiones del Código Civil en materia de propiedad para este caso concreto. Por otro, un contenido personal o moral, que es el que dota de singularidad a esta clase de propiedad, pues reconoce un haz de facultades desconocidas en el Código Civil y que permiten utilizar la expresión ‘derecho de autor’. De ahí que la jurisprudencia haya distinguido entre *corpus mechanicum*, derecho a la propiedad del objeto concreto, y *corpus mysticum*, que se alude a los derechos inmateriales sobre la obra (STS 17 de julio de 2000 [RJ 2000, 6806]).

“A los denominados derechos morales dedica la LPI los artículos 14 a 16 y 41, estableciendo su naturaleza inalienable, y por lo tanto intrínsecamente unido a la personalidad del autor, que ni siquiera puede renunciar a los mismos. La rúbrica del artículo 14 de la LPI es muy explicativa, pues se dedica al ‘contenido y características del derecho moral’. Se recoge así una expresión que se menciona por primera vez en España con la Ley 17/1966, de 31 de marzo, SIC (RCL 1966, 1033), de derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas, cuyo artículo 4º permitía al autor exigir el respeto a su aportación y perseguir las alteraciones sustanciales que se lleven a cabo sin su autorización ‘así como los demás actos que atenten contra su derecho moral de autor’.”

El demandante cita como fundamento de su pretensión el artículo 14.4 de la LPI, que concede al autor el derecho irrenunciable e inalienable de “exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo de su reputación”.

El juez concreta el alcance del precepto y establece:

“Otros ordenamientos jurídicos permiten la protección con el simple atentado a la integridad de la obra. El nuestro, como se aprecia, es más exigente a la hora de constatar la vulneración del derecho a la integridad de la obra, pues añade la exigencia del perjuicio del interés o menoscabo de la reputación, anudando una y otra, de modo que ha de acreditarse que el perjuicio o menoscabo es consecuencia directa del atentado a la integridad. Si se produce por otras causas, no surgirá acción que pueda fundamentarse en el artículo 14.4 de la LPI.

“La primera razón, perjuicio de los intereses del autor, supone que cualquier cambio o modificación de la obra no constituye, sin más, una vulneración del derecho a la integridad de la obra. Hay obras de conservación, mantenimiento o ubicación, entre otras, que sirven al mejor o más extenso disfrute o utilización de la obra, a su cuidado y prolongación de su existencia, que no pueden ser esgrimidas por el autor para impedir la alteración de la obra.

“No hay perjuicio para el autor porque se acometan, sino que al contrario, permiten una mayor difusión de la obra y por lo tanto, de su renombre.

“La segunda, menoscabo de su reputación, porque aun siendo necesarias para los fines propios de la obra, suponen una afectación intolerable de su derecho, al poner en cuestión la

fama del creador, cuya reputación es un bien que la norma ha querido, con razón, proteger frente a atentados inadmisibles.”

El juez hace un repaso a la jurisprudencia en los casos de conflicto de intereses privados entre el propietario de la obra y el autor:

–“la STS de 21 de junio de 1965 (RJ 1965, 3670) desestima la pretensión del escultor Francisco frente a una empresa hotelera que le encarga una obra y no conforme con su resultado la desmonta y almacena, argumentando que la Ley de propiedad intelectual de 1879 no reconocía derecho moral a favor de los autores de obras plásticas. Tras aprobarse la Constitución, de nuevo se plantea por el mismo autor su reclamación fundándose en su artículo 20.1.b), pero la STS de 9 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6320) la desestima (con voto particular) por estimar que su pretensión no era subsumible el caso en la protección constitucional de la libertad de creación. Luego el Tribunal Constitucional en STC 35/1987 desestimaré el amparo por entender que no cabe aplicar retroactivamente la Constitución frente a una sentencia firme con efecto de cosa juzgada.”

–“la STS de 3 de junio de 1991 (RJ 1991, 4407) se estima por primera vez vulnerado el derecho moral del autor de unas pinturas deterioradas tras una exposición, fijando una indemnización para el mismo. En cambio en la STS de 6 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8134) considera que el autor debe soportar la destrucción de su obra plástica, unos murales de un edificio, al ser necesaria su rehabilitación.”

En relación con el caso examinado, el juez afirma que:

“El Zubi Zuri ha sufrido alteración porque se ha retirado parte de su balaustrada, porque se ha colocado, en un estilo completamente diferente –ahí coinciden unánimemente los peritos–, un anexo que nada tiene que ver con la obra primitiva, y porque se ha optado por una forma de sustentación que rompe la idea del demandante.

“Ese conjunto de circunstancias permiten constatar que se ha alterado la obra, una de las formas de afectación a la que alude el artículo 14.4 de la LPI. Gustará como se ha hecho, como sucede con la apasionada descripción de algún perito, o disgustará, como también se ha mantenido en el juicio por algún arquitecto. Pero se ha alterado, sin duda, la obra del demandante.”

La cuestión es si el demandante debía soportar tal alteración, o por su simple existencia se afecta a la integridad de la obra y se produce el perjuicio de los legítimos intereses del creador o menoscabo de su reputación, al que alude el artículo 14.4 de la LPI, para entender vulnerado el derecho moral del autor.

C) Los derechos en conflicto

El juez advierte que:

“no nos encontramos con dos intereses particulares en conflicto. No puede ocultarse que en este caso hay otros intereses en juego, que en absoluto pueden desconocerse porque son tan legítimos y dignos de protección como el derecho de autor del demandante y el de propiedad del Ayuntamiento. Se trata del interés público que se deriva de la finalidad de la obra, que no está destinada al uso particular de la corporación, sino a facilitar un vial de tránsito peatonal a los bilbaínos.

“De haberse planteado el conflicto entre dos intereses privados, como ocurriría si la obra propiedad del municipio se destinara a un uso particular o privado, la recíproca limitación de derechos podría determinar el abuso que se produce por una alteración que, en palabras del Tribunal Supremo, ‘altera la concepción artística que tuvo el autor’ (STS de 15 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 10149]). Dos intereses privados merecen semejante protección, y si el propietario de la obra o el autor padecen menoscabo de su derecho merecen ser amparados.”

D) La ponderación entre el derecho particular y el interés público

El juez describe la regulación en la LPI respecto de la posición del autor y del propietario que hace un uso privado de la obra:

“El conflicto entre estos dos derechos privados, descrito en el artículo 56 de la LPI, obliga a atender a esa limitación recíproca. Sin perjuicio de la regulación contractual específica que en cada caso pueda adoptarse conforme al principio de libertad contractual que proclama el artículo 1255 del CC, el autor no puede impedir al propietario disponer de la obra, ubicarla donde le parezca, adoptar las medidas de conservación idóneas, garantizar su seguridad, exponerla, usarla si es posible, etc. A su vez, el propietario no puede alterar la obra, modificarla o destruirla sin autorización, consentimiento o intervención del autor, porque estaría vulnerando sus derechos morales y sobrepasando los límites que la propia Ley ha señalado al dueño del *corpus mechanicum*.”

Sin embargo, en el caso del Zubi Zuri el conflicto trasciende de la lógica entre autor y propietario. Porque este último es una institución pública, que da al puente una utilidad pública, no privada.

El Zubi Zuri, afirma la sentencia:

“tiene una funcionalidad incontestable, la de comunicar en la zona en que se sitúa dos partes de la villa de Bilbao, atendiendo por lo tanto a una necesidad pública de los ciudadanos, la de transitar de un lugar a otro de la villa. La obra del demandante es un puente destinado al uso público, peatonal, de los bilbaínos, no el particular del Ayuntamiento o de los usuarios de Isozaki Atea [un centro privado al que se accede con la modificación del puente].

“El Zubi Zuri es, además de una creación artística singular susceptible de protección, una obra pública, que da servicio a los ciudadanos y por lo tanto, satisface un interés público contrastado, el de facilitar la comunicación peatonal entre dos partes del municipio.”

E) La desestimación de la demanda a pesar de existir alteración de una obra artística

La conclusión de la sentencia es que ha habido una alteración de una obra artística, el derecho moral del autor sobre la cual protege la LPI, pero a pesar de existir la alteración el derecho a la integridad de la obra no se ha violentado porque el autor está obligado a sufrirla en atención al servicio público que su obra atiende.

Para llegar a esta conclusión el juez razona del siguiente modo:

“Si se ponderan ambos intereses, el público debe prevalecer sobre el privado, aunque este último merezca toda la consideración. El derecho de autor del Sr. Sergio es innegable, y tiene derecho a exigir que su obra sea respetada. De ahí que antes se insistiera en lo incomprensible de la omisión de una invitación a participar en los cambios, o al menos, una petición de aquiescencia a que otro los acometiera. Pero existe también un interés público de que la comunicación entre ambas partes de la ría se haga en cota 10 sin necesidad de continuas subidas y bajadas, que hacen más incómodo y dificultoso el tránsito de los peatones.

“No se trata sólo de garantizar que se atienda la normativa de accesibilidad, aunque también. Se trata de enmarcar la obra dentro de un plan más amplio, el de reforma urbanística de la villa. Al menos desde 1989, mucho antes de producirse el encargo al actor, ya estaba previsto en el PGOU que habría una conexión de ambas márgenes de la ría junto al depósito franco de Uribitarte, a través de un paso que se extendería hacia el interior de la ciudad incluso superada la ría.

“Por lo tanto al producirse el encargo ya existía esa finalidad [...]”

“Esa circunstancia obliga a colocar al interés público de los ciudadanos, que gozan de este modo de un elemento de comunicación que supera las barreras que existen en el lugar, como límite que tiene que soportar el derecho moral a la integridad de la obra del autor. La alteración se ha producido, pero el derecho a la integridad de la obra no se ha violentado porque el autor está obligado a sufrirla en atención al servicio público que su obra atiende.

“Parte de la doctrina ya había advertido que en el caso de obras arquitectónicas el derecho del arquitecto a la integridad de la obra ‘no es absoluto y debe ser ponderado cuando su creación tenga una finalidad comercial o utilitaria’ (Martínez Espín), o que ‘los derechos de autor sobre estas obras pueden verse restringidos en función del uso y destino de las mismas’ (Bercovitz Rodríguez-Cano).

“La compatibilidad del uso público de la creación del demandante con sus derechos debería haber determinado también que la nueva pasarela se hubiera hecho adoptando las elementales medidas que no sólo en este caso, sino en general, parecen deducirse de las previsiones de la Ley de propiedad intelectual en materia de derechos morales de autor.

“Es decir, que se trate de realizar por el mismo autor, y de no ser posible, al menos se logre su aquiescencia.

“No ha sido así y quizá sea ese el origen de este litigio. No obstante, los legítimos derechos del autor del Zubi Zuri, demandante en este procedimiento, han de medirse no sólo por el conflicto que mantiene con el propietario de la obra, el Ayuntamiento de Bilbao, sino atendiendo al interés público al que se destina su creación. Su existencia matiza el alcance de los derechos morales de autor, al situarse en la balanza algo más que intereses privados. Y en tal tesitura, pese a la alteración de la obra, no se considera vulnerado el derecho a la integridad que asiste al autor conforme al artículo 14.4 de la LPI, por lo que se desestima la demanda.”

F) La no-condena en costas

La desestimación de la demanda no conlleva la condena en costas pues, afirma el juez:

“se aprecian serias dudas de derecho que justifican tal decisión. Se ha expresado que la convicción alcanzada es que se ha producido una alteración de la obra del demandante, aunque hubiera obligación de soportarla.

“Sin embargo es atípica la intervención de un interés público que obliga a matizar el conflicto de derechos entre autor y propietario. Las propias partes han reconocido que en esta materia el debate jurídico está inédito y no existen precedentes. Por lo tanto no hay criterios asentados por los tribunales que faciliten la percepción de un criterio hermenéutico consolidado o, cuando menos, de alguna tendencia. Esa falta de precedentes permite constatar las serias dudas de derecho que se han expuesto en esta resolución, todo lo cual autoriza a disponer que cada parte debe atender las costas ocasionadas a su instancia y hubiere comunes, por iguales cuartas partes.”

F) Jurisdicción penal

Tribunal Supremo. La agresión a un médico que presta sus servicios en el sistema público de salud, en respuesta a un acto médico, constituye un delito de atentado

SUPUESTO DE HECHO

Sobre las 17.30 horas de un día no determinado del mes de marzo de 2004, el acusado, sin antecedentes penales, que era el paciente de Luis Enrique, médico odontólogo del Centro de Asistencia Primaria de Can Gibert del Pla, de Girona, en el que prestaba sus servicios con carácter funcional, en el momento en que salía del referido centro se dirigió al mismo recriminándole haberle hecho daño al extraerle una pieza dentaria golpeándole con un paraguas sin causarle lesiones.

Posteriormente, sobre las 17.30 horas del día 29 de marzo de 2004, el acusado acudió de nuevo a las proximidades de dicho centro sanitario y al salir de su trabajo el Sr. Luis Enrique se aproximó al mismo iniciando una conversación acerca de que quería visitarse de nuevo, para a continuación de una forma sorpresiva, aprovechando que la víctima ya no se encontraba cara a cara, sin capacidad de reaccionar defensivamente, sacando del bolsillo un cuchillo o instrumento similar, que no ha sido hallado, se lo clavó en el brazo derecho con la intención de menoscabar su integridad física, atravesando el brazo y espacio intercostal con afectación del pulmón.

Como consecuencia de lo anterior, el Sr. Luis Enrique sufrió dos heridas.

Las secuelas producen una pérdida moderada de la funcionalidad de la extremidad superior derecha y una incapacidad total y absoluta para su profesión de médico odontólogo.

La Audiencia Provincial de Girona dictó sentencia con fecha 28 de septiembre de 2006, por la que absuelve al acusado de los delitos de atentado y lo condena como autor responsable de un delito de lesiones subtipo agravado de uso de medio peligroso, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de alevosía, a la pena de cuatro años y diez meses de prisión.

Formuló recurso de casación el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y la acusación particular contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, condenando también al acusado como autor de un delito de atentado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

A) El bien jurídico protegido por el delito de atentado: se sustituye el principio de autoridad por el de orden público

El Tribunal Supremo señala cuál es el bien jurídico protegido:

“Abandonada la conceptualización del bien jurídico protegido por el delito de atentado como referencia al principio de autoridad se ha sustituido por el de orden público. Se ha identificado del bien jurídico protegido por el delito de atentado con el orden público, entendido como aquella situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales.”

De ello deriva una conclusión importante, que amplía sustancialmente el ámbito objetivo del delito de atentado.

“En definitiva, se sancionan a través de esos preceptos los hechos que atacan al normal funcionamiento de las prestaciones relativas al interés general que la Administración debe ofrecer a los ciudadanos.”

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sección 1ª.
Jurisdicción penal. Recurso de casación núm. 759/2007

FECHA: 4 de diciembre de 2007

SENTENCIA: 1030/2007

PONENTE: Ilmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 550, 551.1 y 552.1 del Código Penal

DOCTRINA: La agresión a un médico que presta sus servicios en el sistema público de salud, en respuesta a un acto médico constituye un delito de atentado

B) El sujeto pasivo del delito de atentado son las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos

“concepto de funcionario público contenido en el artículo 24 del Código Penal, [...] es un concepto más amplio (que el definido por el Derecho Administrativo), pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen del nombramiento, que ha de serlo por una de las vías que el artículo 24 enumera, y de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo (STS núm. 1292/2000, de 10 de julio [RJ 2000, 6210]; STS núm. 68/2003, de 27 de enero [RJ 2003, 1033]; STS núm. 333/2003, de 28 de febrero [RJ 2003, 2727] y STS núm. 663/2005, de 23 de mayo [RJ 2005, 7339]), e incluso de la clase o tipo de función pública. Se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 22 de enero de 2003 [RJ 2003, 1067] y 19 de diciembre de 2000 [RJ 2000, 10190]), de un concepto nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo.”

C) Supuestos en que la jurisprudencia ha aceptado que determinada persona participa del ejercicio de funciones públicas y que era víctima de un delito de atentado

El Tribunal Supremo señala que la jurisprudencia ha considerado que participa del ejercicio de funciones públicas, y en atención a su nombramiento debe ser considerado funcionario público:

—El presidente de una sociedad cuyas funciones consistían en la preparación de la venta de una empresa pública, garantizando, a través de una sociedad estatal, que la privatización se realizaba con respeto a los intereses generales (STS núm. 1590/2003 [RJ 2005, 1415]).

—El asalariado de la administradora que llevaba de hecho la gestión de la administración de lotería (STS núm. 1544/2004, de 23 de diciembre [RJ 2005, 498]).

—Un farmacéutico titular, “en cuanto siempre está en relación con los correspondientes organismos públicos del área de salud respecto a los asegurados” (STS núm. 576/2002, de 3 de septiembre [RJ 2002, 8273]).

—Un médico de la Seguridad Social (STS núm. 2361/2001, de 4 de diciembre [RJ 2002, 817]), recordando esta sentencia además, que “la cualidad de funcionario público de los médicos y enfermeros de la Seguridad Social ha sido declarada en sentencias de esta sala de 15 de noviembre de 1973 (RJ 1973, 4318), 15 de junio de 1979 (RJ 1979, 2673) y 7 de abril de 1981 (RJ 1981, 1605)”.

—Los miembros de la Junta de Gobierno de un colegio de diplomados en Enfermería, STS de 7 de noviembre de este mismo año 2001 (RJ 2001, 9684).

En cuanto a la aplicación del delito de atentado cita:

—Un catedrático de universidad al ser agredido por un alumno al que había suspendido, STS de 26 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1547).

—Los funcionarios integrantes de una comisión de una cámara provincial agraria, STS de 22 de julio de 1988 (RJ 1988, 6648).

—Un médico de la Seguridad Social, STS núm. 1183/1993, de 20 de mayo (RJ 1993, 4189).

—El director-conservador de un parque natural, designado por el *conseller* de Medio Ambiente y dependiente de la Dirección General de Conservación del Medio Natural, al que la STS núm. 876/2006, de 6 de noviembre (RJ 2007, 586), confirmó la condena por delito de atentado del que fue víctima.

D) El peligro de producir un incremento excesivo de la reacción penal basada en la aplicación de los preceptos que sancionan el delito de atentado

Estos amplios conceptos de función pública y, consiguientemente, de funcionario público, unidos al aumento de la presencia de la Administración, directa o indirectamente, en la vida pública pueden llegar a producir un incremento excesivo de la reacción penal basada en la aplicación de los preceptos que sancionan el delito de atentado a situaciones que pudieran encontrar otras soluciones en otros preceptos del Código Penal.

Cabe plantearse si el delito de atentado debería quedar reducido a aquellas situaciones en las que la autoridad o el funcionario desempeñaran funciones públicas caracterizadas por la coerción, en el sentido de capacidad de imponer legalmente el cumplimiento de la determinación o resolución adoptada, bajo la amenaza de sanción, lo cual ordinariamente será atribuible a la autoridad o a sus agentes en cuanto actúan bajo las órdenes o indicaciones de aquella, y solo excepcionalmente a los funcionarios públicos.

No obstante, sería deseable que esa restricción encontrara un apoyo expreso en una ley orgánica, si ese fuera finalmente el designio del legislador.

E) Conclusión

La Audiencia Provincial acepta con claridad que la víctima, médico de la sanidad pública, tenía la condición de funcionario, pero niega que participara en el ejercicio de funciones públicas, principalmente porque considera que la prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud constituye un servicio público, pero no una función de la misma clase.

Y en segundo lugar, entiende que el dolo exige que el sujeto debe conocer el carácter funcional de la víctima, “conocimiento que difícilmente puede inferirse cuando dicha acción típica se dirige contra un sujeto cuya función no exterioriza ninguna manifestación de autoridad”.

En relación con el primer aspecto, el Tribunal Supremo afirma que:

“las disposiciones legales vigentes, especialmente las contenidas en la Ley 14/1986, como desarrollo de lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución, ponen de manifiesto la existencia de toda una serie de actuaciones relacionadas con la protección de la salud pública, como finalidad reconocida en el citado

precepto constitucional, que son encomendadas a los poderes públicos quienes actuarán a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (artículo 43.2 de la CE), estando reguladas por normas de carácter administrativo, a las que asimismo quedan sujetos quienes las prestan. Por lo tanto, debe ser considerada como una función pública a los efectos penales.”

Para resolver la segunda cuestión, el Tribunal Supremo las relaciona con las particularidades del caso concreto. Afirma:

“dada la existencia de un acto médico anterior, el acusado necesariamente sabía que se había desarrollado en un centro público, que no había pagado por ello y además, que no existía ninguna razón personal o de otro tipo que pudiera sugerir una actuación filantrópica por parte del facultativo. Por lo tanto, la conclusión ineludible para el autor es que la actividad prestada no se trataba de una actividad privada, sino enmarcada en el funcionamiento público del sistema de salud, de forma que con su agresión no sólo alcanzaba al particular, sino también a intereses públicos consistentes en la protección de la corrección de la función pública.”

Por todo ello, el Tribunal Supremo estima al recurso de casación y condena al agresor como autor de un delito de atentado de los artículos 550 y 551.1 a la pena de un año de prisión y como autor de un delito de lesiones del artículo 148.1 concurriendo la agravante de alevosía en concurso ideal del artículo 77 con un delito de atentado de los artículos 550, 551.1 y 552.1, todos del Código Penal, a la pena de cinco años de prisión, en ambos casos con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Excmo. Sr. Don Andrés Martínez Arrieta.

Su discrepancia se concreta en la aplicación, a los hechos declarados probados, del tipo penal del atentado, pues entiende que:

“desde el ámbito de aplicación de la norma, artículo 550 del Código Penal, los hechos caen fuera de ese tipo penal al no resultar afectado el bien jurídico objeto de protección de la norma.”

Y ello:

“porque la ampliación del concepto de orden público que proporciona la sentencia [...] (es) tan amplia, (que) basta que una acción agresiva se realice contra un funcionario público, o una autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, para integrarla en el delito de atentado, lo que supone, como se dice, un incremento en la reacción penal que, a mi juicio, puede ser restringida desde una interpretación actualizada del bien jurídico, el orden público conforme al título XIII del Código Penal, que contempla diversas conductas contrarias al mismo, una de ellas el acometimiento a los funcionarios públicos.”

Afirma que es:

“el orden público el elemento esencial sobre el que debe indagarse para dar un contenido al tipo penal del atentado y desde ese entendimiento indagar el ámbito de lo prohibido en el tipo penal del atentado.”

La jurisprudencia de esta sala ha realizado ese cambio en la concepción del orden público. El magistrado entiende que:

“Este cambio en la interpretación del bien jurídico se ha realizado sin atisbar las consecuencias que el mismo produciría respecto a las agresiones a los funcionarios y, ahora, la propia sentencia de la que disiento expresa su recelo ante un incremento excesivo de la reacción penal y llama al legislador para que lo restrinja sin postular un criterio limitativo acorde con el bien jurídico protegido, conforme al título XIII del Código. [...] Al entender que el bien jurídico protegido es la actividad prestacional del Estado, toda actividad realizada por

un funcionario público es potencialmente susceptible de ser considerada sujeto pasivo del delito de atentado, salvo que se acuda a criterios elitistas, totalmente inadecuados. Esa desmesura en la tipicidad creo no aparece cubierta por el tipo del atentado, siendo precisa una clarificación del bien jurídico, orden público, para delimitar el ámbito de aplicación de la norma.”

La conclusión para el magistrado es:

“los ataques objeto de la protección penal en el delito de atentado son los que pueda recibir los funcionarios que actúan en la actividad administrativa dirigida a ordenar y controlar el orden público, en los términos señalados, para garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos.

“La actividad protegida por el tipo penal no comprende, desde la perspectiva expuesta, toda la actividad prestacional del Estado, sino aquellas funciones, desarrolladas por funcionarios que inciden en la libertad de los ciudadanos, asegurando el normal funcionamiento de los valores democráticos y el correcto ejercicio, por todos, de los derechos fundamentales.

“Entre esas funciones ha de incluirse las desarrolladas por funcionarios de policía, los integrantes del poder judicial, los que ejercen funciones de inspección y control en distintas áreas, etc., entre los que cabe incluir a los funcionarios de la seguridad social en cuanto impongan restricciones u ordenen la observancia de normas de seguridad o de sanidad.

“Quedaría excluida de la tipificación en el delito de atentado, y su punición correspondería, en su caso, a los tipos penales de lesiones o contra la libertad, aquellas conductas de acometimiento al funcionario por actos, propios de la función pública, pero desconectados del orden público, como la respuesta agresiva a un funcionario público por un acto médico.

“Desde la perspectiva expuesta entiendo que la agresión al médico de la seguridad social producida en respuesta a un acto médico no debe ser tipificado en el atentado, y sí en las lesiones, por lo que la impugnación del Ministerio fiscal, en el presente recurso, debió ser desestimada, pues como se ha expuesto, la acción agresiva hacia al funcionario no afecta, en los términos expuestos, al orden público.”